

Das Bestimmtheitsgebot im Rahmen der kartellrechtlichen Preismißbrauchsaufsicht

**Die Bestimmtheit
von Untersagungsverfügungen auf der Grundlage
der §§ 22, 26 und 37a Abs. 3 GWB**

Ingrid Bruglacher

Dass München

1987



DAS BESTIMMTHEITSGEBOT IM RAHMEN DER
KARTELLRECHTLICHEN PREISMISSBRAUCHS-
AUFSICHT

Die Bestimmtheit von Untersagungsver-
fügungen auf der Grundlage der §§ 22,
26 und 37a Abs.3 GWB

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Ingrid Bruglacher
1987

Referent: Professor Dr. Steindorff
Korreferent: Professor Dr. Zacher

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1987

Ü B E R S I C H T

1. Teil: Ausgangspunkt und Gang der Untersuchung
 - A. Aktuelle Bedeutung der Problematik
 - B. Gang der vorliegenden Untersuchung
2. Teil: Der unbestimmte Rechtsbegriff in den Vorschriften der Preismißbrauchsaufsicht
 - A. Untersuchungsansätze
 - B. Verfassungsrechtliche Grundlagen
 - C. Maßstäbe für die Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe
 - D. Bestimmtheit der Preismißbrauchsvorschriften des GWB
3. Teil: Bestimmtheitsanforderungen an Kartellverwaltungsakte
 - A. Theoretische Grundlage
 - B. Bestimmtheit von Preismißbrauchsverfügungen gemäß §§ 22 Abs.4, 5, 26 Abs.2, 3 i.V.m. 37a Abs.2, 37a Abs.3 GWB
 - C. Die gerichtliche Überprüfung - Diskussion der Entscheidungsmöglichkeiten anhand der Kaufmarkt-Urteile
4. Teil: Das Verwaltungsrechtsverhältnis als Möglichkeit zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Bestimmtheit und Praktikabilität



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554808_0009

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

<u>1. Teil:</u> Ausgangspunkt und Gang der Untersuchung	1
A. Aktuelle Bedeutung der Problematik	1
I. Die Kaufmarkt-Entscheidung	1
1. Verfahrensablauf	1
2. Die Entscheidung	3
a) Bedeutung für die Bestimmtheitspro- blematik	3
b) Sachverhalt	4
c) Gründe	5
3. Konsequenzen für die Preismißbrauchs- aufsicht nach § 37a Abs.3 GWB	6
II. Wirtschaftspolitischer Hintergrund	9
1. Die Lage auf dem Lebensmitteleinzel- handelsmarkt	9
2. Die wettbewerbspolitische Diskussion zu § 37a Abs.3 GWB	11
3. Selbstbeschränkungsmaßnahmen der Wirt- schaft	14
4. Forderung nach einem generellen Verbot von Unterselbstkostenverkäufen	16
III. Das mißbrauchsrechtliche Dilemma	18
1. § 22 Abs.4, 5 GWB	18
2. §§ 26 Abs.2, 3 i.V.m. 37a Abs.2 GWB	19
3. § 37a Abs.3 GWB	19
4. Die Entwicklung der Preismißbrauchsaufsicht	19
B. Gang der vorliegenden Untersuchung	20

	Seite
<u>2. Teil:</u> Der unbestimmte Rechtsbegriff in den Vorschriften der Preismißbrauchsaufsicht	22
A. Untersuchungsansätze	22
I. Der normtheoretische Ansatz von H.-J. Koch	22
II. Der sprachtheoretische Ansatz von M. Herberger	23
B. Verfassungsrechtliche Grundlagen	27
I. Ableitung aus dem Grundgesetz	28
1. Rechtsstaatsgebot	28
2. Demokratiegebot	29
II. Die rechtsstaatlichen Maximen	29
1. Das Freiheits- und Gleichheitsinteresse	30
a) Besondere Bestimmtheitsgebote	30
aa) Art.80 Abs.1 S.2 GG	30
bb) § 37 Abs.1 VwVfG	31
cc) Art.103 Abs.2 GG	31
b) Allgemeine Bestimmtheitsgebote	32
aa) Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	32
bb) Strafrecht	33
cc) Eingriffsnormen des öffentlichen Rechts	33
2. Das Voraussehbarkeits- bzw. Berechenbarkeitsinteresse	33
3. Das Rechtsschutzinteresse	34
4. Das Praktikabilitätsinteresse	35
III. Zulässigkeit von unbestimmten Rechtsbegriffen	36
1. Notwendigkeit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe	36
2. Gesetzgeberisches Ermessen	37
3. Auswirkungen auf den Betroffenen	37
a) Einzelfallgerechtigkeit durch Verwaltungsermessen	37
b) Billigkeit	38

	Seite
4. Auslegungsbedürftigkeit	38
IV. Zusammenfassung	39
C. Maßstäbe für die Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe	39
I. Mindest- und Höchstanforderungen	40
1. Mindestmaß	40
2. Höchstmaß im Strafrecht	42
a) Tatbestands- und Rechtsfolgenreise	43
b) Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe	43
c) Normklarheit und Justitiabilität	44
d) Zusammenfassung	45
II. Einflußfaktor Verschiedenartigkeit der Rechtsgebiete	45
1. Sozial- und gesellschaftspolitischer Bereich	45
2. Polizeirecht	45
3. Verwaltungsrecht	46
4. Wirtschafts- und Steuerrecht	46
5. Ergebnis	47
III. Einflußfaktor Adressatenkreis	48
1. Straf- und Disziplinarrecht	48
2. Polizeirecht	49
3. Leistungsverwaltung	49
4. Wirtschafts- und Steuerrecht	49
IV. Einflußfaktor indirekter Gesetzesbefehl	50
1. Tatbestandsseite	50
a) Anforderungen an die Norm	51
b) Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	51
c) Auslegungsbefugnis der Behörden	51
d) Gerichtliche Nachprüfbarkeit	51

2. Rechtsfolgenseite - Ermessen	52
a) Einzelfallgerechtigkeit	52
b) Bindung der Verwaltung	53
V. Einflußfaktor Verwaltungsverfahren	53
1. Bedeutung und Funktion	53
a) Effizienz staatlichen Handelns	53
b) Rechtsschutzauftrag	54
aa) Sicherungsfunktion	54
bb) Ausgleichs- und Ergänzungsfunktion	55
cc) Verfassungsrechtlicher Aspekt	56
2. Höchststrichterliche Rechtsprechung	56
a) BVerfG	56
b) BVerwG	58
c) Ergebnis	58
VI. Zusammenfassung	58
1. Höchst- und Mindestanforderungen	58
2. Einflußfaktoren	59
3. Beispiel: Schneller Brüter-Beschluß des BVerfG	59
D. Bestimmtheit der Preismißbrauchsvorschriften des GWB - Prüfung der Bestimmtheitsanforderungen und der Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe im Bereich der kartellrechtlichen Preismißbrauchsaufsicht -	60
I. Charakterisierung der Normen	60
1. § 22 Abs.4 i.V.m. Abs.5 GWB	60
2. § 26 GWB	62
a) Spezielles Behinderungsverbot	62
b) Funktion: Schutznorm	63
c) Sanktionen	63

	Seite
3. § 37a Abs.3 GWB	64
a) Horizontales Behinderungsverbot	64
b) Funktion: Ermächtigungsnorm	65
4. Zusammenfassung	65
a) Unmittelbare Verbote - Untersagungsverfahren	65
b) Regeln für Untersagungsverfahren	66
II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Preiskontrolle als Maßnahme der Wirtschafts- aufsicht	67
1. Wirtschaftsfreiheit und ihre Grenzen	69
2. Mißbrauch	70
a) Institutsmißbrauch	70
b) Normzweck der Mißbrauchsvorschriften	72
aa) Öffentlich-rechtliche und privat- rechtliche Betrachtungsweise	72
bb) Normzweck	74
cc) Zusammenfassung	76
3. Wirtschaftsaufsicht - Wirtschaftslenkung: Eine Auseinandersetzung mit Ipsen	76
a) Subsidiarität der Preiskontrolle	78
b) Keine Globalsteuerung	78
4. Äußere Maßnahmequalität der Aufsichtsmaß- nahmen	80
III. Innere Maßnahmequalität kartellbehördlicher Maßnahmen - hinreichende Bestimmtheit der Preisaufsichtsnormen des GWB	82
1. Die Schutzgüter als Anhaltspunkt	82
a) Wettbewerb und Wirtschaftsfreiheit	82
b) Schutzgüter der kartellbehördlichen Maßnahmen	84
2. § 22 Abs.4, 5 GWB	86

	Seite
a) Allgemeine Grundsätze des BVerfG zum Preisrecht	86
b) Übertragung auf Preisaufsichtsnormen des GWB	89
c) Bestimmbarkeit der Tatbestandsvoraussetzungen	88
aa) Marktbeherrschung und Marktmacht	89
bb) Mißbrauch	90
cc) Wirtschaftsaufsichtsmaßnahme	91
d) Einflußgrößen	91
e) Justitiabilität	93
f) Voraussehbarkeit für Adressaten	94
g) Ergebnis	95
3. § 26 Abs.2, 3 i.V.m. § 37a Abs.2 GWB	96
4. § 37a Abs.3 GWB	98
IV. Zusammenfassung	99
<u>3. Teil:</u> Bestimmtheitsanforderungen an Kartellverwaltungsakte	101
A. Theoretische Grundlage	102
I. § 37 Abs.1 VwVfG	102
1. Allgemeine Bestimmtheitsanforderungen	102
2. Zweck und Begründung des § 37 Abs.1 VwVfG	103
II. Konkretisierung der Bestimmtheitsanforderungen	105
1. Tenor und Entscheidungsgründe	107
a) Bestimmtheit der einzelnen Verfügungsbestandteile	107
b) "Überschießende Regelung" in den Gründen	109
2. Auslegung und Auslegungskriterien	110
a) Grundsätzliche Zulässigkeit der Auslegung von Verwaltungsakten	110
b) Auslegungsvoraussetzungen	111

c) Auslegungsmaßstäbe	112
d) Grenzen der Auslegung	113
3. Bestimmtheitsfaktor Regelungsgegenstand	116
a) Standpunkt der Rechtsprechung	116
b) Maß der erforderlichen Bestimmtheit	118
4. Bestimmtheitsfaktor Adressatenkreis	119
5. Zulässigkeit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe	121
6. Bestimmtheitsfaktor Angabe des Mittels?	124
a) Ausreichende Bestimmtheit durch Angabe des Verfügungszieles	124
b) Auswirkungen auf die Vollstreckungsfähigkeit	126
7. Bestimmtheitsfaktor Praktikabilität	129
8. Bestimmtheitsfaktor Bußgeldbewehrung	129
B. Bestimmtheit von Preismißbrauchsverfügungen gemäß §§ 22 Abs.4, 5, 26 Abs.2, 3 i.V.m. 37a Abs.2, 37a Abs.3 GWB	134
I. Kartellverwaltungsakte auf der Grundlage des § 37a Abs.3 GWB	134
1. Kartellrechtliche Beurteilung von Unter-einstandspreisverkäufen	134
2. Zulässigkeit der Untersagung leistungswidriger Verlustpreisunterbietung	136
II. Überprüfung der Kaufmarktentscheidungen	141
1. Auslegungsgrundlage	142
a) Behandlung der Auslegungsfrage durch die Gerichte	142
b) Frage der Bußgeldbewehrung	143
2. Mißbrauchsgrenze	145
a) Behandlung der Umsatzsteuer	146
b) Bewertung von Warenlagern mit wechselndem Bestand	148
c) Einkaufspreis	150



	Seite
d) Einstandspreis und Selbstkosten	150
e) Selbst produzierte Waren	152
f) Innerbetriebliche Verrechnungspreise	152
3. Hinweis auf § 26 Abs.2, 3 GWB	154
a) Auslegung	156
b) Adressatenkreis des § 26 Abs.2, 3 GWB	158
4. Verbot der unbilligen Behinderung kleiner und mittlerer Wettbewerber	160
a) Unbilligkeit der Behinderung	160
b) Kreis der kleinen und mittleren Wettbewerber	163
5. Verbot der konkreten Verletzungshandlung	164
6. Zusammenfassende Beurteilung der Bestimmtheit der Kaufmarkt-Verfügung	169
III. Bestimmtheitsprobleme im Rahmen von Preis- mißbrauchsverfügungen auf der Grundlage des § 37a Abs.3 GWB	170
1. Konkretisierung der Grenze relativer Marktmacht	171
a) Überlegene Marktmacht	173
b) Vergleich zu kleinen und mittleren Wettbewerbern	174
c) Wesentliche Beeinflussung der Markt- verhältnisse	176
2. Konkretisierung der Mißbrauchsgrenze (un- billige Behinderung)	178
a) Feststellung der unbilligen Behin- derung	178
b) Preismißbrauchsgrenze	179
3. Konkretisierung der Grenze: Eignung zur nachhaltigen Wettbewerbsbeeinträchtigung (Wesentlichkeitsgrenze)	185
a) Geeignetheit zur Wettbewerbsbeein- trächtigung	185
b) Nachhaltigkeit	186

	Seite
IV. Bestimmtheitsprobleme bei Untersagungsverfügungen auf der Grundlage des § 22 Abs.4, 5 GWB	188
1. Beschränkung der Preismißbrauchsaufsicht gemäß § 22 GWB	189
a) Normative Begrenzung	189
b) Subsidiarität	190
2. Bestimmbarkeit des Begriffs Marktmacht	191
3. Das Problem der kassatorischen Maßnahme	193
a) Untersagung des konkreten Preises	194
b) Mißbrauchsgrenze	195
4. Mißbrauchsmaßstäbe	197
a) Konkretisierung des Mißbrauchsbegriffes	199
b) Wettbewerbskonzepte	200
aa) Vergleichsmarktmethode	200
bb) Weitere Methoden zur Mißbrauchsermittlung	201
cc) Erheblichkeitszuschlag	203
5. Bestimmtheit bei verbleibenden Unsicherheiten	204
6. Unterschied zu § 37a Abs.3 GWB	205
V. Bestimmtheitsprobleme bei Untersagungsverfügungen auf der Grundlage des § 26 Abs.2, 3 i.V.m. § 37a Abs.2 GWB	206
1. Ziel der Verfügungen	206
2. Adressatenkreis	206
3. Behinderung und aktive Diskriminierung nach § 26 Abs.2 GWB	208
4. Passive Diskriminierung gemäß § 26 Abs.3 GWB	211
C. Die gerichtliche Überprüfung - Diskussion der Entscheidungsmöglichkeiten anhand der Kaufmarkt-Urteile	212

	Seite
I. Teilaufhebung	213
II. Abänderung	215
III. Konkretisierung	216
<u>4. Teil:</u> Das Verwaltungsrechtsverhältnis als Möglichkeit zur Lösung des Spannungsver- hältnisses zwischen Bestimmtheit und Praktikabilität	218
I. Bestimmtheitsgebot und Verwaltungsrechts- verhältnis	218
1. Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgebotes	218
2. Staat-Bürger-Verhältnis	218
3. Einfluß des Verwaltungsrechtsverhältnisses auf das Bestimmtheitsgebot	222
II. Theoretische Begründung des Verwaltungs- rechtsverhältnisses	224
1. Entstehen, Beendigung und Arten	225
a) Abgrenzung vom allgemeinen Staat- Bürger-Verhältnis	225
b) Entstehung, Beendigung	226
c) Arten	226
2. Die Doppelnatur des Verwaltungsrechts- verhältnisses	227
a) Materiellrechtliche Seite	227
b) Verfahrensrechtliche Seite	229
III. Anwendbarkeit des Verwaltungsrechtsver- hältnisses auf die Preismißbrauchsaufsicht	234
1. Besondere Verwaltungsrechtsverhältnisse	234
2. Preismißbrauchsverfügungen	235
a) Das Entstehen des Verwaltungsrechts- verhältnisses	235
b) Zeitpunkt des Erlasses der Untersa- gungsverfügung	237
c) Bußgeldbewehrung	238

	Seite
3. Bestimmtheitsanforderungen	239
a) Allgemeines Gebot des § 37 Abs.1 VwVfG und Bestimmtheitsfaktoren	239
b) Kaufmarkt-Verfügung	240
IV. Schlußfolgerungen	242

LITERATURVERZEICHNIS

- Achterberg, Norbert Die Bedeutung des Rechtsverhältnisses für die Grundrechtssubjektivität von Organisationen, in: Gedächtnisschrift für F.Klein, München 1977, S.1 ff.
- Albach, Horst Als-Ob-Konzept und zeitlicher Vergleichsmarkt, Tübingen 1976
- Arnhold, Dieter Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte, Frankfurt/M. 1978
- Bachof, Otto Die Dogmatik des Verwaltungsrechts, in: VVDStRL 30 (1972), S.231 ff.
- Baumbach, Adolf/
Lauterbach, Wolfgang Zivilprozeßordnung, 42.Aufl., München 1984
- Baur, Jürgen F. Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972
- Bayer. Landesamt für Statistik und Datenverarbeitung Unternehmensstruktur im bayer. Einzelhandel - Ergebnisse der Jahresehebung für 1983, ausgeg. im Juli 1985
- Bayer. Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr Kartellbericht 1980/81
- dass. Bericht zum Wettbewerbskongreß in München (18.-20.4.1977): Freiheit und Fairneß im Wettbewerb - Chance für einen leistungsfähigen Mittelstand
zit.: Wettbewerbskongreß
- Bechtold, Rainer Das neue Kartellrecht, München 1981
- Benisch, Werner Die Mißbrauchsverfolgung marktbeherrschender Unternehmen durch Kartellbehörden und Gerichte, in: DB 72, 173
- ders. Marktvergleich zur Feststellung mißbräuchlicher Preise, in: WuW 84, 801

- Berg, Wilfried Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte unter besonderer Berücksichtigung des Wirtschaftsverwaltungsrechts, in: WiVerw 82/3, 169
- Berner, Georg Polizeiaufgabengesetz, 9.Aufl. 1985
- Bethge, Herbert Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, in: NJW 82, 1
- Blümel, Willi Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung, in: Blümel, Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, Berlin 1982, S.23 ff.
- Börner, Bodo Grenzen kartellbehördlicher Preiskontrollen gegenüber Marktbeherrschern, in: BayVBl 77, 364
zit.: aaO.
- ders. Preiskontrollen durch Kartellbehörden nach § 22 GWB, in: Börner (Hrsg.), Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht, Düsseldorf, Frankfurt 1977
zit.: Preiskontrollen
- v.Brünneck, Alexander Die Kostenerhebung der Polizei bei Demonstrationen, in: NVwZ 84, 273
- Bullinger, Martin Staatsaufsicht in der Wirtschaft, in: VVDStRL 22 (1965), S.264 ff.
- Bundeskartellamt Berichte des BKartA über seine Tätigkeit sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet
1966: BT-Drucks.V/1950
1967: BT-Drucks.V/2841
1969: BT-Drucks.VI/950
1972: BT-Drucks.7/986
1973: BT-Drucks.7/2250
1974: BT-Drucks.7/3791
1978: BT-Drucks.8/2980
1979/
80: BT-Drucks.9/565
- Bundesregierung Entwurf eines 4.Gesetzes zur Änderung des GWB, BT-Drucks.8/2136 v. 27.9.78
zit.: Begründung 1978

- Bundesregierung Stellungnahme der BReg zum 1.Hauptgutachten der Monopolkommission nach § 24b GWB, BT-Drucks.8/702 zit.: Stellungnahme
- dies. BReg gegen generelles Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis; schriftliche Beantwortung einer Frage des BT-Abgeordneten Würtz durch den Parlamentarischen Staatssekretär beim Bundesminister für Wirtschaft, Martin Grüner, in: WuW 85, 299
- dies. Empfehlungen der BReg gegen marktbedingte Niedrigpreisstrategien; Antwort des Staatssekretärs Dr. Schlecht auf die Frage des Abgeordneten Paintner, FDP, in: WuW 85, 770
- dies. Bericht über Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gem. Bundestagsdrucksache 2886 der 3.Wahlperiode, BT-Drucks.IV/617
- Bundestag Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines 4.Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 21.02.80, BT-Drucks. 8/3690
- Degenhart, Christoph Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: DVBl 82, 872
- Diller, Hermann/
Schneider, Karl-Heinz Die Wirkung von Verkäufen unter Einstandspreisen auf den Wettbewerb - Ergebnisse einer empirischen Studie im Lebensmittel-Einzelhandel, in: WRP 81, 243
- Dörinkel, Wolfram Die neuen Bestimmungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: NJW 65, 2321
- Drews/Wacke/Vogel/
Martens Allgemeines Polizeirecht, 9.Aufl., Berlin, Köln, München, Bonn 1986
- Eichler, Friedrich VwVfG, Kommentar, Percha, Stand 1.9.1985

- Gabriel, S.L. Preismißbrauchsaufsicht - Versuch einer Zwischenbilanz, in: Eberhard Günther zum 65. Geburtstag, hrsgg. von Gutzler, Herion, Kaiser, Baden-Baden 1976, S.263 ff. zit.: Zwischenbilanz
- v.Gamm, Otto-Friedrich Kartellrecht, Kommentar zum GWB und zu Art.85, 86 EWGV, Köln, Berlin, Bonn, München 1979 zit.: aaO.
- ders. Das Verbot einer unbilligen Behinderung und einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung, in: NJW 80, 2489
- Geitmann, Roland BVerfG und "offene" Normen. Zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmbarkeitserfordernisse, Berlin 1971
- Gerhards, Wolfgang Die Strafbarkeit des Ungehorsams gegen Verwaltungsakte, in: NJW 78, 86
- Göldner, Detlev
Christoph Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1969
- Gotthold, Jürgen Mißbrauchsaufsicht über Preise - Zum Sondergutachten der Monopolkommission, in: WRP 75, 499
- Grabitz, Erhard Die verfassungsorientierte Konkretisierung wettbewerbsrechtlicher Generalklauseln, in: ZHR 149 (1985), 263
- Grossekettler, Heinz Der Fall "Deutsche SB-Kauf contra adidas", volkswirtschaftliche Analyse einer Lieferverweigerung, in: WRP 78, 619
- Gentz, Günther Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs.2 GWB und § 9 KartVO, in: WuW 61, 587
- Haberstock, Lothar Grundzüge der Kosten- und Erfolgsrechnung, 3.Aufl., München 1982
- Häberle, Peter Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S.43 ff. zit.: aaO.

- Häberle, Peter Leistungsrecht im sozialen Rechts-
staat, in: Festschrift Küchenhoff,
Berlin 1972, S.453 ff.
- ders. Die Verfassung des Pluralismus,
Königstein 1980
zit.: Verfassung
- ders. Auf dem Weg zum Allgemeinen Verwal-
tungsrecht, in: BayVBl 77, 745
zit.: AllgVerwR
- ders. Verfassungsprinzipien im Verwaltungs-
verfahrensgesetz, in: Schmitt
Glaeser (Hrsg.), Festschrift
Boorberg-Verlag, Stuttgart, München,
Hannover 1977
- Hartisch, Andreas Verfassungsrechtliches Leistungs-
prinzip und Partizipationsverbot
im Verwaltungsverfahren, Berlin 1975
- Hassemer, Wilfried Anmerkung zu BVerfG, JuS 78, 204 Ls =
BVerfGE 45, 363, in: JuS 78, 204
- Heck, Philipp Gesetzesauslegung und Interessen-
jurisprudenz, in: AcP 112, 1
- Heinen, Edmund Kosten und Kostenrechnung, Wiesbaden
1975
- Henke, Wilhelm Das Recht der Wirtschaftssubventionen
als öffentliches Vertragsrecht,
Tübingen 1979
- ders. Rechtsformen der sozialen Sicherung
und Allgemeines Verwaltungsrecht,
in: VVDStRL 28 (1970), S.156 ff.
- Hennig, Werner Die Mißbrauchsüberwachung im Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
in: NJW 68, 373
- Henseler, Peter Die Rechtsprechung des BGH zu
§ 26 II S.3 GWB, in: WRP 80, 181
- Hinz, Hans Werner Fortschreibung der Gemeinsamen Er-
klärung zur Sicherung des Leistungs-
wettbewerbs, in: WRP 84, 653
- Hölzler, Heinrich/
Satzky, Horst Wettbewerbsverzerrungen durch nach-
fragemächtige Handelsunternehmen;
Möglichkeiten und Grenzen ihrer Kon-
trolle, Köln, Berlin, Bonn, München
1980

- Hölzler, Heinrich/
Stockmann, Kurt Robinson-Patman Act - Mehr Wettbewerb durch Entschärfung des Preisdiskriminierungsverbots?, in: RIW/AWD 76, 628
- Hoffmann, Dietrich Die Bedeutung von Preisen und Kosten bei der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB (I), in: DB 75, 289
- Hübschmann/Hepp/
Spitaler Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 8.Aufl., Köln o.J.
- Hummel, Siegfried/
Männel, Wolfgang Kostenrechnung 1; Grundlagen, Aufbau und Anwendung, 4. Aufl., Wiesbaden 1986
- Immenga, Ulrich Politische Instrumentalisierung des Kartellrechts?, Tübingen 1976
- ders. Schwerpunkte der Vierten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: NJW 80, 1417
zit.: Schwerpunkte
- Immenga, Ulrich/
Mestmäcker, Ernst-
Joachim Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981
- Ipsen, Hans Peter Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, Baden-Baden 1976
- Jetzer, Rolf Peter Lockvogelwerbung - Die wettbewerbspolitisch motivierte Preisunterbietung als unlauterer Wettbewerb, Diss. Zürich 1979
- Kantzenbach, Erhard Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1966
- Kartte, Wolfgang Aktuelle Probleme der Konzentrationskontrolle im Lebensmittelhandel, in: BAG Nachrichten 83/5, S.7
- ders. Perspektiven der 4.Kartellgesetznovelle für die Verfolgung von Diskriminierungen durch das Bundeskartellamt, in: WRP 81, 127
zit.: Perspektiven
- Kirchhof, Paul Die Bestimmtheit von Ermächtigungs-, Grundlage und Inhalt eines Verwaltungsakts nach § 37a Abs.3 GWB, in: ZHR (1986), 303
- Kirschstein, Friedrich Die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1973/74, Köln, Berlin, Bonn, München 1975, S.19 ff.

- Knack, H.J. VwVfG, 2.Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1982
- Koch, Hans-Joachim Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, Frankfurt/M. 1979
- Kollhosser, Helmut Rechtsweg und Rechtsschutz - des Guten zuviel?, in: JR 71, 265
- Kopp, Ferdinand VwVfG mit Erläuterungen, 4.Aufl., München 1986, zit.: aaO.
- ders. VwGO, 7.Aufl., München 1986 zit.: VwGO
- ders. Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, München 1971
- Kramm, Dietrich Verlustpreisunterbietung durch Verkauf unter Einstandspreis, in: MA 83, 46
- Kreuzer, K. Wettbewerb um jeden Preis? Zur Problematik des Verkaufs zu Verlustpreisen im Einzelhandel, in: WRP 85, 467
- Krüger, Herbert Das besondere Gewaltverhältnis, in: VVDStRL 15 (1957), S.109 ff.
- Lademann, Rainer Schutzzweck- und Rechtstatsachenprobleme bei der Untersagung von Verkäufen unter dem Einstandspreis nach § 37a Abs.3 GWB, in: DB 84,758
- Landesverband des Bayer.Einzelhandels e.V. Aktuelle Fachinformationen, München Dez.1983
- Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 6.Aufl., Neuwied 1982
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 6.Aufl., München 1983
- Lehmann, Michael Schutz des Leistungswettbewerbs und Verkauf unter Einstandspreis, in: GRUR 79, 368
- Leibholz, Gerhard/Rinck, H.J. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 6.Aufl., Köln 1979 ff. (Stand 1986)

- Lenel, Hans Otto Die Konzentration im deutschen Lebensmittelhandel - Zum Gutachten der Monopolkommission von April 1985, in: WuW 85, 757
- ders. Vollständiger und freier Wettbewerb für die Wettbewerbspolitik gegenüber mächtigen Unternehmen, in: Festschrift zum 80. Geburtstag von Franz Böhm, Tübingen 1975, S.317 ff. zit.: Wettbewerb
- Leo, Hans-Christoph Zur Reform der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, in: WRP 72, 1
- ders. Das marktbeherrschende Unternehmen in den §§ 22, 26 GWB, in: 10 Jahre Kartellgesetz 1958-1968, Bergisch Gladbach 1968, S.291 ff.
- Markert, Kurt Anmerkung zum Kaufmarktbeschuß des OLG München v. 28.7.83, in BB 83, 1557
- ders. Kostenkontrolle bei der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, in: BB 74, 580 zit.: Kostenkontrolle
- ders. Mißbrauchsaufsicht über Anbieter und Nachfrager 1978/79, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79, S.87 ff., Köln, Berlin, Bonn, München 1980
- Maunz, Theodor/
Zippelius, Reinhold Deutsches Staatsrecht, 26.Aufl., München 1985
- Maunz, Theodor/
Dürig, Günter Grundgesetz, Kommentar, 6.Aufl., München 1976 ff., (Stand 1987)
- Maurer, Hartmut Allgemeines Verwaltungsrecht, 4.Aufl., München 1985
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 3.Aufl., München, Leipzig 1924
- Meier, Gert Rechtsstaatsprinzip und Handhabung des GWB, in: WuW 83, 275
- Mestmäcker, Ernst-
Joachim Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, in: DB 68, 787

- Mestmäcker, Ernst
Joachim Das Marktbeherrschende Unternehmen
im Recht der Wettbewerbsbeschrän-
kungen, Tübingen 1959
- ders. Europäisches Wettbewerbsrecht,
München 1974
- Meyer/Borgs VwVfG, 2.Aufl., Frankfurt/M., 1982
- Möschel, Wernhard Der Oligopolmißbrauch im Recht der
Wettbewerbsbeschränkungen. Eine
vergleichende Untersuchung zum
Recht der USA, Großbritanniens,
der EWG und der BRD, Tübingen 1974
zit.: Oligopolmißbrauch
- ders. Das Wirtschaftsrecht der Banken.
Die Währungs-, Bankaufsicht-, kar-
tell- und EWG-rechtliche Sonder-
stellung der Kreditinstitute,
Frankfurt/M., 1972
zit.: Wirtschaftsrecht der Banken
- ders. Pressekonzentration und Wettbewerbs-
gesetz, Tübingen 1978
zit.: Pressekonzentration
- ders. Rechtsordnung zwischen Plan und
Markt, Tübingen 1975
zit.: Rechtsordnung
- ders. Preiskontrollen über marktbeherr-
schende Unternehmen, in: JZ 75,
393
zit.: Preiskontrollen
- ders. Marktmacht und Preiskontrolle, in:
BB 76, 49
zit.: Marktmacht
- ders. Wettbewerb im Schnittpunkt von Rechts-
wissenschaft und Nationalökonomie,
in: Festschrift zum 500-jährigen
Bestehen der Tübinger Juristen-
fakultät, 1977, S.333 ff.
- Monopolkommission Anwendung und Möglichkeiten der Miß-
brauchsaufsicht über marktbeherr-
schende Unternehmen seit Inkraft-
treten der Kartellgesetznovelle,
Sondergutachten 1, Baden-Baden 1975

- v.Müñch, Ingo
(Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 3. Aufl., München 1985
- Munzinger, Dieter K. Mißbräuchliche Preise, Preisbildungssysteme und Preisstrukturen nach § 22 GWB, Köln 1977
- Nacken, Gert Die Erfassung von Mittel- und Großbetrieben durch § 37a GWB, in: BAG-Nachrichten 83/5
- Oberlandesgericht München Beschluß vom 28.7.83 Az: Kart 8/82 "Kaufmarkt" (= BB 83, 1556)
- Obermayer, Klaus VwVfG, Darmstadt, Neuwied 1983
- Palandt et al Bürgerliches Gesetzbuch, 44. Aufl., München 1985
- Raisch, Peter Zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe im Kartellrecht durch den BGH am Beispiel der Preismißbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle, in: Festschrift für Robert Fischer, hrsgg. v. Lutter, Marcus et al, Berlin, New York 1979
- ders. Methodische Bedenken gegen Generalklauseln im Kartellrecht am Beispiel der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, in: JZ 65, 625 und JZ 67, 404 (Replik auf die Erwiderung von J. Schmidt, in: JZ 67, 247)
- ders. Zum Begriff des Mißbrauchs im Sinne des § 22 GWB, in: Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe - Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1968, S.357 ff.
- Raiser, Ludwig Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum Jus, Summa Iniuria, Individualschutz und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben, Tübingen 1963 zit.: Rechtsschutz
- ders. Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd.1, 1960

- Redeker, Konrad Grundgesetzliche Rechte auf Ver-
fahrensteilhabe, in: NJW 80, 1593
- Redeker, Konrad/
v.Oertzen VwGO, Kommentar, 8.Aufl., Stutt-
gart 1985
- Reich, Norbert Mißbrauch der Mißbrauchsaufsicht
durch Preiskontrolle über marktbe-
herrschende Unternehmen? in: ZRP
75, 159
- ders. Mißbrauch und Verhaltenskontrolle
gemäß § 22 Abs.4 GWB n.F., in:
NJW 74, 1353
- Rengelin, Hans-Werner Vorbehalt und Bestimmtheit des
Atomgesetzes, in: NJW 78, 2217
- Riechmann, Volkhard Fünf Jahre 4.Kartellgesetz-Novelle -
Eine Bestandsaufnahme zur Recht-
sprechungs- und Verwaltungspraxis,
in: WRP 85, 323
- Rümelin, Max Die Billigkeit im Recht, Tübingen
1921
- Rupp, Hans H. Grundgesetz und "Wirtschaftsverfas-
sung", Tübingen 1974
- ders. Die kartellrechtliche Preiskontrolle
in verfassungsrechtlicher Sicht,
in: NJW 76, 2001
- ders. Grundfragen der heutigen Verwaltungs-
rechtslehre, Tübingen 1965
zit.: Grundfragen
- Rupprecht, Reinhard Grundrechtsbegriffe im Strafvollzug,
in: NJW 72, 1345
- Sack, Rolf Der Verkauf unter Selbstkosten im
Einzelhandel, in: WRP 83, 63
- Säcker, Jürgen Zielkonflikte und Koordinierungs-
probleme im deutschen und europäi-
schen Kartellrecht. Kritische
Anmerkungen zum Regierungsentwurf
der Kartellgesetznovelle vom
28.5.71, und zur EWG-Bagatellbe-
kanntmachung vom 2.6.70, Düssel-
dorf 1971

- Schachtschneider, K.A. Das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes, in: JA 78, 185 ff., 237 ff.
- Schaub, Günter Arbeitsrechts-Handbuch, 5.Aufl., München 1983
- Scheuner, Ulrich Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in: VVDStRL 11 (1954), S.1 ff.
- Schmidbauer, Herbert Allokation, technischer Fortschritt und Wettbewerbspolitik, Tübingen 1974
- Schmidt, Ingo US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973
zit.: Wettbewerbspolitik
- ders. Methodische Bedenken gegen Generalklauseln im Kartellrecht am Beispiel der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen - Eine Erwiderung, in: JZ 67, 247
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/
Klein, Franz Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6.Aufl., Neuwied, Darmstadt 1983
- Schmitt Glaeser, Walter Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, in: VVDStRL 31 (1973), S.179 ff.
- Scholz, Rupert Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, in: ZHR 141 (1977), 520
zit.: Preiskontrolle
- ders. Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, insbesondere dargestellt am Beispiel der Kartellaufsicht, Berlin 1971
- ders. Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, Stuttgart 1971
zit.: Konzentrationskontrolle
- Seifert, Karl-Heinz/
Hömig, Dieter
(Hrsg.) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2.Aufl., Baden-Baden 1985

- | | |
|--|---|
| Tschira, Oskar/
Schmitt Glaeser, Wilhelm | VwVfG des Bundes und des Freistaates Bayern, München 1976 ff. |
| Ule, Carl Hermann | Das besondere Gewaltverhältnis, in: VVDStRL 15 (1957), S.133 ff. |
| Ule, Carl Hermann/
Laubinger, Hans-Werner | Verwaltungsverfahrensrecht, 3.Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1986 |
| Ulmer, Peter | Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (§§ 26 II S.3, III, 37a III GWB), in: WuW 80, 474
zit.: aaO. |
| ders. | Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, in: GRUR 77, 565
zit.: Leistungswettbewerb |
| ders. | Wettbewerbs- und kartellrechtliche Grenzen der Preisunterbietung im Presswesen, in: AfP 75, 871 |
| Ulmer, Peter/
Lübbert, Hans-Dieter | Schwerpunkte der Kartellrechtspraxis nach der 2.GWB-Novelle - Bemerkungen zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für das Jahr 1974, in: WuW 76, 349 |
| Vorderwülbecke, Ulrich | Mißbrauchsaufsicht - Zur Preiskontrolle des BKartA auf dem Arzneimittelmarkt, Berlin 1979 |
| Wallerath, Maximilian | Allgemeines Verwaltungsrecht, Siegburg 1979 |
| Westrick, Klaus/
Loewenheim, Ulrich | GWB-Kommentar, 4.Aufl., Berlin seit 1977 |
| Willeke, Franz-Ulrich | Marktbeherrschung und Mißbrauch von Marktmacht, in: WuW 75, 533 |
| Witkowski, Helmut | Zur Mißbrauchsaufsicht über Preise marktbeherrschender Unternehmen, Frankfurt, Bern 1981 |
| Wöhe, Günther | Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, Nachdr. der 16.Aufl., München 1986 |
| Wolff, Hans J. | Verwaltungsrecht, Bd.1, 6.Aufl., München 1965 |

Wolff, Hans J./
Bachof, Otto

Verwaltungsrecht, Bd.1, 9.Aufl., München 1974, Bd.3, 4.Aufl., München 1978

Zacher, Hans F.

Verwaltung durch Subventionen, in:
VVDStRL 25 (1967), S.325 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AbfG	Abfallbeseitigungsgesetz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Die Aktiengesellschaft
AO	Abgabenordnung
ApG	Gesetz über das Apothekenwesen
AtG	Atomgesetz
AtVfV	Verordnung über das Verfahren bei der Genehmigung von Anlagen nach § 7 des AtG - Atomrechtliche Verfahrensverordnung
AuslG	Ausländergesetz
BAG-Nachrichten	Offizielles Organ der Bundesarbeitsgemein- schaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels
BayObLGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bay.Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGH nF	Entscheidungssammlung des BayVGH, neue Fassung
BB	Der Betriebs-Berater
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BKartA	Bundeskartellamt
BMV	Bundesminister der Verteidigung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BReg	Bundesregierung

BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
c.i.c	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
ESVGH	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des hessischen und des baden-württembergischen Verwaltungsgerichtshofs
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EWG/MUV	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft/ Montanunionsvertrag
FG	Finanzgericht
G	Gesetz
GewA	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JURIS	Juristisches Informationssystem
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KartVO	Kartellverordnung
KG	Kammergericht

KO aF	Kostenordnung (alte Fassung)
L	Leitsatz
LKartB	Landeskartellbehörde
Ls	Leitsatz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
MA	Der Markenartikel
MWSt	Mehrwertsteuer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg und Münster
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PersStG	Personenstandsgesetz
PrOVG	Preußisches OVG
PrOVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Preußischen OVG
PrPVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
RGZ	Amtliche Sammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW/AWD	Recht der internationalen Wirtschaft/ Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
SG	Soldatengesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
SZ	Süddeutsche Zeitung
TB	Tätigkeitsbericht (des BKartA)
UPR	Umwelt in Politik und Recht
USt	Umsatzsteuer
UStG	Umsatzsteuergesetz
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
VA	Verwaltungsakt

VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VRV	Verwaltungsrechtsverhältnis
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
VwZVG	Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz (der Länder)
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WPM	Wertpapiermitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

1. Teil: Ausgangspunkt und Gang der Untersuchung

A. Aktuelle Bedeutung der Thematik

I. Die Kaufmarkt-Entscheidung

Den Anstoß zu dieser Arbeit gab die Kaufmarkt-Entscheidung des OLG München ¹⁾ als erste Hauptsacheentscheidung zu dem durch die 4. Kartellnovelle 1980 eingefügten § 37a Abs. 3 GWB.

Mit der Vorschrift des § 37a Abs. 3 GWB sollen kleine und mittlere Wettbewerber vor unbilligen Behinderungen durch ihre Konkurrenten, die über eine deutlich überlegene Marktmacht verfügen, geschützt werden. § 37a Abs. 3 GWB ist nicht - wie z.B. § 26 Abs. 2, 3 GWB - ein unmittelbar wirkendes Verbot, sondern eröffnet lediglich den Kartellbehörden die Möglichkeit, gegen bestimmte mißbräuchliche Verhaltensweisen einzuschreiten.

1. Verfahrensablauf

Im vorliegenden Fall war die Landeskartellbehörde Bayern erstmals gegen derartige Behinderungen vorgegangen und hatte ein Untersagungsverfahren durchgeführt. Gegen die sich anschließende Untersagungsverfügung hatte das betroffene Unternehmen Beschwerde zum OLG München eingelegt. Das gerichtliche Verfahren wurde von Theorie und Praxis mit großer Aufmerksamkeit verfolgt. Da § 37a Abs. 3 GWB zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, wurden Ausführungen zu den damit zusammenhängenden Auslegungsfragen mit Spannung erwartet. Während der Verhandlung zeichnete sich aber schon ab, daß sich das Gericht zu Sachproblemen wohl deshalb nicht abschließend äußern wollte, weil

1) Beschl. v. 28.7.1983, Az.: Kart 8/82 = BB 83, 1556;
WuW/E LKartB 223 - Kaufmarkt.

es die Verfügung der Landeskartellbehörde Bayern für zu unbestimmt hielt.

Dennoch sah man der Entscheidung mit Spannung entgegen ¹⁾. Sogar zum Verkündungstermin waren - trotzdem keine Erläuterungen des OLG zu den Urteilsgründen erwartet werden konnten - etliche Zuschauer erschienen, worüber das Gericht auch sein Erstaunen kundtat.

Obwohl aufgrund des Verfahrensablaufes mit einer vollständigen Aufhebung der kartellbehördlichen Untersagungsverfügung gerechnet werden mußte, wurden Erstaunen und Enttäuschung verlaubar, als die Urteilsgründe veröffentlicht wurden ²⁾: Das Gericht hat sich jeder auch nur andeutungsweise Stellungnahme zu Sachfragen enthalten und die Verfügung ausschließlich aus formalen Gründen in vollem Umfang aufgehoben. Das Gericht hielt schon allein den Tenor der Verfügung für zu unbestimmt - daneben genügte aber auch deren gesamter Inhalt nicht den Anforderungen des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebotes - ganz abgesehen davon, daß das OLG München auch Bedenken gegen die ausreichende Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage, also des § 37a Abs.3 GWB äußerte - dies aber letztlich offenließ, "da die angegriffene Untersagungsverfügung ohnehin aufzuheben" ³⁾ war.

Gegen diese Entscheidung legte die Landeskartellbehörde Bayern Rechtsbeschwerde zum BGH ein. Dieser bestätigte

1) Vgl. Gert Nacken, Die Erfassung von Mittel- und Großbetrieben durch § 37a GWB in: BAG-Nachrichten Nr.5/83, S.22 ff. (Offizielles Organ der Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels, Hrsg.: Dr. Mundert, Trieb).

2) Vgl. Südd.Zeitung (SZ) v.30./31.7.1983: "Streit um Billigstangebote"; Lebensmittel-Zeitung, Ausg. Süd, Nr.5 v.4.2.1983, S.1; Anm.Markert zum Kaufmarkt-Beschluß v. 28.7.1983, in: BB 83, 1557.

3) OLG München, BB 83, 1556.

jedoch die Entscheidung des Oberlandesgerichts in vollem Umfang.

2. Die Entscheidung

a) Bedeutung für die Bestimmtheitsproblematik

Untersucht man Rechtsprechung und Literatur nach Äußerungen zu Bestimmtheitsfragen, so ist das Ergebnis äußerst dürftig - dies gilt insbesondere für den Bereich des Wirtschaftsrechts.

Für Fragen der Gesetzesbestimmtheit liegt dies wohl daran, daß die Anforderungen vom BVerfG sehr gering gehalten werden¹⁾; das BVerfG hat bisher nur ganz wenige Gesetze deshalb für verfassungswidrig erklärt, weil sie zu unbestimmt seien.

Hinsichtlich der erforderlichen Bestimmtheit von Verwaltungsakten ist die Ursache darin zu suchen, daß in solchen Fällen Kontakte zwischen Behörde und Adressaten stattgefunden haben und deshalb Unklarheiten häufig durch ein direktes Gespräch oder Korrektur bzw. Ergänzung des Verwaltungsaktes seitens der Behörde beseitigt werden. Ein gerichtliches Verfahren allein zur Klärung von Bestimmtheitsfragen anzustrengen, ist in der Regel nicht effektiv und auch nicht sinnvoll: Entweder ist der angegriffene Verwaltungsakt in der Sache richtig, so kann der Inhalt sofort konkretisiert werden - ein evtl. ergehendes Urteil ginge ins Leere. Ist er aber materiell unrichtig, so ist er deswegen aufzuheben; würde ein Gericht in solch einem Falle nur auf Bestimmtheitsfragen eingehen, wäre damit nicht viel gewonnen: Der betroffene Bürger wüßte nach einer Konkretisierung durch die Behörde wieder nicht,

1) s. unten Teil 2, S.22 ff.

ob er den Verwaltungsakt befolgen muß oder nicht. Ein Urteil, das allein zu Bestimmtheitsfragen Stellung nimmt, trägt also zur Klärung des konkreten Falles in der Regel nicht viel bei.

Anders verhält es sich dagegen, wenn Bestimmtheitsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären sind, und dies für eine Vielzahl von Fällen erforderlich ist, wie es häufiger z.B. im Bereich des Steuerrechts der Fall ist ¹⁾. Aber selbst dann werden Obergerichte nur selten angerufen, da sich die Verwaltungspraxis unmittelbar den geforderten Bestimmtheitserfordernissen anpaßt, da dies in der Regel weniger aufwendig ist, als die Klärung durch weitere Instanzen. Die Anpassung erfolgt wohl selbst dann, wenn der Behörde die von den Gerichten aufgestellten Bestimmtheitsanforderungen überzogen erscheinen.

Sinnvoll erscheint eine obergerichtliche Klärung von Bestimmtheitsanforderungen an Verwaltungsakte allein dann, wenn es der Behörde aus praktischen Gründen nicht möglich ist, gerichtlich geforderten Bestimmtheitsanforderungen nachzukommen. Ein solcher Fall ist die Kaufmarkt-Verfügung.

b) Sachverhalt

Der Untersagungsverfügung der Landeskartellbehörde Bayern ²⁾ lag folgender Sachverhalt zugrunde:

1) Dies verdeutlichte die Suche des Autors beim Juristischen Informationssystem (JURIS), Rechtsprechungs- und Literaturdatenbank Bonn, vom 8.2.1983 unter den Stichwörtern "Bestimmtheit" und "§ 37 I VwVfG": unter den dort gespeicherten 157.274 Entscheidungen waren sechs zu § 37 I VwVfG bzw. Art.37 I BayVwVfG enthalten; die meisten Äußerungen zu Bestimmtheitsfragen ergingen im steuerrechtlichen Verfahren, i.d.R. nicht veröffentlichte Entscheidungen von Finanzgerichten.

2) Vgl. WuW/E LKartB 1962, 717.

Die Betroffene eröffnete am 15.10.1981 ein Selbstbedienungs-Warenhaus (KAUFMARKT) vor dem Stadtgebiet München. Sie warb in Tageszeitungen wie auch in einem wöchentlich erscheinenden eigenen Anzeigenblatt mit extrem niedrigen Preisen, die zum Teil sogar nur die Hälfte der üblichen Marktpreise betrug. Die aggressive Werbe- und Preispolitik führte zu Folgeaktionen von vergleichbar großen Unternehmen, die ihre Werbeaktivitäten verstärkten und den Aktionsparameter Preis in ähnlicher Weise - zumindestens zeitweise - als Werbemittel einsetzten. Die anderen Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen in München mußten erhebliche Umsatzrückgänge und eine Verschlechterung der Ertragslage hinnehmen; jedes dritte Unternehmen war zu Entlassungen gezwungen. Der Aufforderung der Landeskartellbehörde Bayern, den Verkauf unter Einkaufspreis zu unterlassen, kam das Unternehmen nicht nach.

Am 14.5.1982 wurde eine Untersagungsverfügung mit folgendem Tenor erlassen:

"Der Betroffenen wird untersagt, kleine und mittlere Wettbewerber dadurch unbillig zu behindern, daß sie Waren aus den Warengruppen alkoholfreie Getränke, Bier, Speisefette, Nährmittel, Kaffee/Kakao, Schokolade, Spirituosen/Sekt, Waschmittel unter oder zum jeweils geltenden Einkaufspreis zusätzlich Umsatzsteuer anbietet oder verkauft." ¹⁾

c) Gründe

Diese Verfügung wurde vom OLG München im wesentlichen aus folgenden Gründen aufgehoben:

Die Betroffene wisse nicht, was sie unter den jeweils "geltenden" Einkaufspreisen zu verstehen habe, desgleichen nicht, wann sie Vorzugspreise und Vorzugskonditionen oder Nebenleistungen im konkreten Einzelfall von ihrem Lieferanten erhalte ²⁾. Sie müsse so "von Fall zu Fall selbst den 'zulässigen' Preis bestimmen und dabei prüfen, ob 'leistungswidrig erlangte Vorzugspreise und -konditionen bzw. nicht durch ent-

1) WuW/E LKartB 1982, S.717.

2) Vgl. BB 83, 1556.

sprechende Gegenleistungen des marktstarken Unternehmens gerechtfertigte Nebenleistungen' vorliegen" ¹⁾. - Dies sei ihr aus rechtsstaatlichen Erwägungen nicht zumutbar; zusätzlich rügte das OLG hier den Hinweis auf § 26 Abs.2, 3 GWB in der Begründung. Auch das Verbot der Behinderung kleinerer und mittlerer Wettbewerber genüge nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz. Es widerspräche dem Gebot der Rechtssicherheit, eine solche Verfügung zur Vollstreckungsgrundlage zu machen. Schließlich würde durch das Verbot des Einsatzes von Diskriminierungsgewinnen bei der Preisgestaltung mißachtet, daß nach § 37a Abs.3 GWB nur ein Verbot konkreter Verletzungshandlungen erlaubt sei ²⁾.

Der BGH ³⁾ stimmte dem zu und hob nochmals hervor, daß durch den Hinweis auf § 26 Abs.2, 3 GWB in den Gründen der durch den Tenor gezogene Rahmen in unzulässiger Weise gesprengt würde - die Unbestimmtheit ergebe sich, weil eine wertende Betrachtung für die Feststellung eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2, 3 GWB erforderlich sei.

Vor allem an diesem Hinweis auf § 26 Abs.2, 3 GWB entzündete sich die Kritik: Zentrales Problem war die Bestimmung der zulässigen Preisgrenze. Um den Verkauf unter Einstandspreis ermitteln und nachweisen zu können, wollte die Kartellbehörde den Einkaufspreis auf einen fiktiven Preis erhöhen, den sie als denjenigen Preis definierte, den ein Wettbewerber unter Wettbewerbsverhältnissen bezahlen müßte bzw. der jedenfalls ohne Einsatz der Marktmacht zustandegekommen ist. Schon bei Unterschreiten dieses hypothetischen Einkaufspreises kann ein Verstoß gemäß § 37a Abs.3 GWB festgestellt werden.

Eine solche hypothetische Preisgrenze sah die Rechtsprechung als nicht ermittelbar an; jedenfalls sei sie in der Verfügung nicht konkret genug und für die Betroffene nicht nachvollziehbar bezeichnet. Die Kartellbehörde habe sich in der Verfügung

1) BB 83, 1557.

2) Vgl. BB 83, 1557.

3) Vgl. Beschl. v. 20.3.84, WRP 84, 463 = WuW/E BGH 2073.

nur auf Rechtsnormen bezogen, die einem (relativ) marktmächtigen Nachfrager verbieten, gegenüber Anbietern Marktmacht auszuüben. Solche Normen stehen also nicht in direktem Zusammenhang zu § 37a Abs.3 GWB, zumal sie sich schon hinsichtlich des Adressatenkreises unterscheiden.

3. Konsequenzen für die Preismißbrauchsaufsicht nach § 37a Abs.3 GWB

Der Kaufmarkt-Beschluß stimmt aus folgenden Gründen bedenklich: Vorschriften der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht allgemein - und der Preismißbrauchsvorschriften im besonderen - müssen eine Vielzahl möglicher Gestaltungsformen des Mißbrauchs erfassen und sich schnellen Reaktionen der Wirtschaftssubjekte anpassen können. Dieses Ziel ist nur zu erreichen, wenn durch unbestimmte Rechtsbegriffe im Gesetzestext die Subsumtion auch verschiedenartiger Lebenssachverhalte in zahlreichen wechselnden Ausprägungen ermöglicht wird. Aufgrund solcher weitgefaßten Normen müssen die Kartellbehörden Regelungen erlassen, die - wie im Falle der Preismißbrauchsaufsicht allein zulässig¹⁾ - ein konkretes Verhalten eines bestimmten Normadressaten verbieten. Ein solches Verhalten läßt sich aber nicht durch Rechengrößen vorschreiben: Die Kartellbehörde kann keine Kalkulationen durchführen, deren Ergebnisse vorschreiben und auch z.B. keine bezifferten Preisgrenzen angeben, da solche allenfalls Momentaufnahmen darstellen und sofort überholt wären - und damit auch die Untersagungsverfügung! Preismißbrauchsaufsicht ist also von vornherein nur dann praktikabel, wenn auch in Verfügungen der Kartellbehörden mit allgemeinen Begriffen, wie z.B. Einstandspreis, Rabatt, marktbedingte Sondervorteile nach § 26 Abs.2, 3 GWB usw.gearbeitet werden kann - nur so wird verhindert, daß sich eine Untersagungsverfügung bereits vor ihrem Erlaß selbst überlebt hat.

Stellt man aber für diesen Bereich derartig rigide Bestimmtheitsanforderungen, wie es das OLG München und der BGH in

1) Vgl. BT-Drucks.8/3690 v. 21.2.80, Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft (9.Ausschuß), S.29; insw. h.M.; vgl. dazu auch OLG München, BB 83, S.1557.

ihren Entscheidungen zum Kaufmarkt-Fall getan haben, so wird damit zugleich die Undurchführbarkeit der Preismißbrauchsaufsicht festgestellt, da sie natürlicherweise den geforderten Bestimmtheitsvorstellungen von vornherein nie genügen kann. Würde dennoch versucht, die im Kaufmarkt-Fall dargelegten hohen Bestimmtheitsanforderungen zu erfüllen, so wäre es betroffenen Unternehmen ein Leichtes, solche Verfügungen zu umgehen, indem sie z.B. eine Kalkulationsmethode wechseln; es ist bekannt, daß marktmächtigen Unternehmen in der Regel Sonderkonditionen von Lieferanten eingeräumt werden, und daß sich in der Praxis äußerst undurchsichtige Rabattsysteme entwickelt haben - dies trifft vor allem auf den Lebens- und Waschmittelmarkt zu, und zwar sowohl für die Produktions- als auch für die Groß- und Einzelhandelsstufe. Berücksichtigt man hierbei noch den starken Oligopolisierungsgrad im Lebensmittel-einzelhandel ¹⁾ - die drei überregionalen Filialisten Aldi, Plus (Tengelmann) und Leibbrand machten 1983 über 22% des gesamten Lebensmittelumsatzes ²⁾ - so ist es offenkundig, daß es solchen Nachfragern nicht schwerfallen wird, ihre Einkaufs- bzw. Einstandspreise mit Hilfe ihrer Lieferanten zu manipulieren, und zwar hinsichtlich der gesamten Produktionspalette. Verzichtet die Kartellbehörde darauf, in der Untersagungsverfügung darauf hinzuweisen, daß Sondervorteile, die aufgrund der Marktmacht von Lieferanten erlangt worden sind, bei der Berechnung des relevanten Einkaufspreises nicht berücksichtigt werden dürfen, so geht eine solche Verfügung wegen der oben aufgezeigten Manipulationsmöglichkeiten ins Leere.

Es ergibt sich also für die Kartellbehörden die mißliche Lage, daß sie gesetzliche Vorschriften nicht anwenden können, da es ihnen aus praktischen Gründen unmöglich ist,

1) Vgl. z.B. die Darstellung in: Lebensmittel-Zeitung, Ausg. Süd, Nr.5 v. 4.2.1983, S.F 6 ff.

2) Vgl. Lebensmittel-Zeitung, Ausg. Süd, Nr.52 v. 30.12.1983, S.1.

den geforderten Bestimmtheitsanforderungen zu genügen. Erkannte Mißstände müssen also im Extremfall aus formalen Gründen hingenommen werden. Deshalb liegt hier die Frage nahe, ob sich der Normadressat einer Mißbrauchsvorschrift, der mindestens ein relativ marktmächtiges Unternehmen ist, in jedem Falle auf das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot berufen darf, wenn davon ausgegangen werden kann, daß er das, was ihm in einer kartellbehördlichen Preismißbrauchsverfügung verboten wird, durchaus versteht bzw. verstehen muß. Weiterhin muß aber ein - rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen genügendes und nachvollziehbares - Kriterium gefunden werden, das eine Grenzziehung erlaubt.

Anliegen dieser Arbeit ist es einerseits, gesetzlichen Vorschriften zu ihrer Anwendbarkeit zu verhelfen, andererseits aber auch aufzuzeigen, wie das rechtsstaatlich erforderliche und unverzichtbare Maß an Bestimmtheit von kartellrechtlichen Preismißbrauchsverfügungen sowie deren gesetzlichen Grundlagen eingegrenzt werden kann.

II. Wirtschaftspolitischer Hintergrund

Die Verfahren zum Kaufmarkt-Fall müssen auf folgendem wirtschaftspolitischem Hintergrund gesehen werden ¹⁾:

1. Die Lage auf dem Lebensmitteleinzelhandelsmarkt

In den 70er Jahren begannen expansive Unternehmen, den Lebensmittelmarkt vor allem mit preisaggressiven Vertriebstypen unter sich aufzuteilen ²⁾. Das Ergebnis und

-
- 1) Vgl. dazu allg. Hölzler/Satzky, Wettbewerbsverzerrungen durch marktmächtige Handelsunternehmen; Möglichkeiten und Grenzen ihrer Kontrolle, Köln, Berlin, Bonn, München 1980.
2) Vgl. Lebensmittel-Zeitung, Ausg. Süd, Nr.52 v. 30.12.1983, S.F 1.

den vorläufigen Höhepunkt dieser Konzentrationstendenzen veranschaulichen folgende Zahlen:

- Im Jahre 1983 hatte der traditionelle Lebensmittel-Einzelhandel ca. 125 Mrd. DM umgesetzt. Davon erzielten die marktgrößten Unternehmen 44 Mrd. DM, und zwar

- Aldi, Mühlheim und Essen	15 Mrd.DM
- Co op AG Frankfurt	9,6 Mrd.DM
- Tengelmann, Mühlheim	10,0 Mrd.DM
- RHG Leibbrand OHG, Bad Homburg	9,4 Mrd.DM ¹⁾

- Bereits 1981 sah die Marktaufteilung folgendermaßen aus:

- 10 Lebensmittelanbieter erzielten 40,6% des Gesamtumsatzes (von 140 Mrd.DM)
- 20 Lebensmittelanbieter 51,5%
- 50 Lebensmittelanbieter 72,0%
- 100 Lebensmittelanbieter 81,2% und
- 200 Lebensmittelanbieter 90,4% ²⁾

- Die absolute Zahl der Einzelhandelsbetriebe hat sich in den letzten Jahren halbiert ³⁾.

Dieser Konkurrenzkampf führte dazu, daß "der Preis als der eigentlich zentrale Wettbewerbsfaktor wiederentdeckt" ⁴⁾, und verstärkt als größen- und marktmachtbedingter Aktionsparameter zur Behinderung und Verdrängung schwächerer Markt-

1) Vgl. Lebensmittel-Zeitung, Ausg. Süd, Nr.52 v. 30.12.1983, S.F 4.

2) Vgl. Lebensmittel-Zeitung, Ausg. Süd, Nr.52 v.30.12.1983, S.F 4.

3) Vgl. Karte, Aktuelle Probleme der Konzentrationskontrolle im Lebensmittelhandel in: BAG-Nachrichten 5/83, S.7; vgl. auch Lenel, Die Konzentration im deutschen Lebensmittelhandel - Zum Gutachten der Monopolkommission v.April 1985 in: WuW 85, 757; s.a. SZ Nr.263 v. 15./16.11.1983, S.25: "Tante Emma in Bedrängnis" mit Zahlen zur Lage auf dem bayer. Lebensmittelhandelsmarkt; weiter die statistischen Berichte des Bayer.Landesamts für Statistik und Datenverarbeitung: Unternehmensstruktur im bayer.Einzelhandel, Ergebnisse der Jahreserhebung für 1983, ausgeg. im Juli 1985.

4) Bayer.Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr: Kartellbericht 1980/81, S.3; vgl. auch Sack, Der Verkauf unter Selbstkosten im Einzelhandel in: WRP 83, 63, S.63.

teilnehmer mißbraucht wurde ¹⁾.

2. Die wettbewerbspolitische Diskussion zu § 37a Abs.3 GWB

Während dieses Strukturwandels wurden immer wieder "kritische Stimmen zur Effizienz der Wettbewerbs- und Strukturpolitik" ²⁾ laut: Besonders kleine und mittlere Unternehmen leiden an Strukturwandlungsprozessen und fallen diesen häufig zum Opfer, während marktstarke Unternehmen - wie im Lebensmittelhandel - ihre Marktanteile auf Kosten der schwächeren Konkurrenten erweitern können. Eine solche Entwicklung führt zum Ruf nach staatlichem Schutz für den Mittelstandsbereich, der dirigistische Eingriffe in den Markt beinhaltet. Würde ihm nachgegeben, müßten - vermeidbare - Abstriche an der Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsbeeinträchtigungen hingenommen werden ³⁾. Dabei darf aber nicht außer acht gelassen werden, daß "eine freiheitliche Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung ohne eine breite Schicht leistungsfähiger kleiner und mittlerer Unternehmen nicht denkbar" ⁴⁾ ist, diese vielmehr als notwendige Wettbewerbselemente geschützt werden müssen. Die für den wirklichen Wettbewerb notwendigen Marktstrukturen sind vornehmlich durch Verhinderung des Preismißbrauchs zu erreichen.

Zur Förderung dieses Ziels legten sich Wirtschaft und ihre Spitzenverbände freiwillige Beschränkungen

1) Zu den Auswirkungen siehe empirische Untersuchungen, z.B. Diller/Schneider, Die Wirkung von Verkäufen unter Einstandspreis auf den Wettbewerb - Ergebnisse einer empirischen Studie im Lebensmittel-Einzelhandel in: WRP 81, 243; auch Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, Tübingen 1978.

2) Bayer.Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr (Hrsg.): Bericht zum Wettbewerbskongress München (18.-20.4.1977) - Freiheit und Fairness im Wettbewerb - Chance für einen leistungsfähigen Mittelstand. 2.Referat: Kleine und mittlere Unternehmen im wirtschaftlichen Strukturwandel, S.35.

3) Vgl. Bayer.Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, Wettbewerbskongress, aaO., Referat Tietmeyer, S.39 f.

4) Vgl. Bayer.Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, Wettbewerbskongress, aaO., Referat Tietmeyer, S.43.

auf ¹⁾, jedoch ohne bemerkenswerten dauerhaften Erfolg.

Deshalb wurde mit der 4.Kartellgesetznovelle versucht, den Leistungswettbewerb zu schützen. Obwohl der Ruf nach einem allgemeinen Diskriminierungsverbot häufig zu vernehmen war, wurde ein solches aus berechtigter Furcht vor unnötigen Wettbewerbsbeschränkungen nicht in den Gesetzesentwurf aufgenommen ²⁾.

Der Wirtschaftsausschuß begründete den Entwurf zu § 26 Abs.2, 3 und § 37a Abs.3 GWB unter der Überschrift "Sicherung des Leistungswettbewerbes" folgendermaßen:

"Eine deutliche Verstärkung der kartellgesetzlichen Vorschriften gegenüber einem machtbedingten Verdrängungswettbewerb ist nach Auffassung des Ausschusses ein besonderer Schwerpunkt der 4.GWB-Novelle, um die Marktchancen kleiner und mittlerer Unternehmen im Wettbewerb mit Großunternehmen besser zu sichern. In den vergangenen Jahren haben sich in Handel, Handwerk und Industrie verstärkt die Gefahren gezeigt, die sich für den Wettbewerb auf dem Markt aus wettbewerbsverzerrenden, mißbräuchlichen Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen ergeben können. Aufgrund dieser Erwägungen hat der Ausschuß umfassend die Möglichkeiten überprüft, über den Regierungsentwurf der 4.GWB-Novelle hinaus das Wettbewerbsrecht mit dem Ziel einer verstärkten Sicherung des Leistungswettbewerbs fortzuentwickeln. In diese Überlegungen wurde auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) einbezogen. So hat der Ausschuß erwogen, u.U. eine Ergänzung des UWG durch einen neuen § 6d anzuregen, mit dem ausdrücklich klargestellt worden wäre, daß die 'Sittenwidrigkeit' eines diskriminierenden oder unbillig behindernden Verhaltens auch durch seine negativen Marktwirkungen mitbegründet werden kann. Der Ausschuß hat hiervon schließlich jedoch abgesehen, nachdem durch den neuen § 37a Abs.3 im Rahmen der 4.GWB-Novelle eine zusätzliche Regelung gegenüber machtbedingten Formen des Behinderungswettbewerbs in das Kartellgesetz eingeführt worden ist" ³⁾.

1) Vgl. Wirtschaftsausschuß des Bundestages, aaO., S.29.

2) Vgl. Wirtschaftsausschuß des Bundestages, aaO., S.29; s. dazu auch Kartte, Perspektiven der 4.Kartellgesetznovelle für die Verfolgung von Diskriminierungen durch das Bundeskartellamt in: WRP 81, 127 S.127.

3) Wirtschaftsausschuß des Bundestages, aaO., S.28 f.

Durch § 37a Abs.3 GWB sollte also eine "bisher bestehende wesentliche Lücke im kartellrechtlichen Instrumentarium zum Schutz des Leistungswettbewerbs geschlossen" ¹⁾ werden. Diese Bestimmung ist aber auch das einzige Instrument, mit dem die Kartellbehörden gegen die besonders häufig und intensiv durch die Marktführer praktizierten und zu Selbstkostenverkäufe vorgehen können, da hier kein Verschulden nachgewiesen werden muß ²⁾.

Die Kartellbehörden griffen das neue Instrument schnell auf: Die Landeskartellbehörde Bayern leitete Ermittlungen gegen die Firma Wertkauf ³⁾ ein. Nur im Kaufmarkt-Verfahren erging jedoch eine abschließende Untersagungsverfügung. Das Bundeskartellamt erließ in den Fällen "Co op Bremen" ⁴⁾, "Kafu" und "Schaper" Untersagungsverfügungen. Das Bundeskartellamt stellte die Verfahren in den ersten beiden Fällen ein; letzteres ruht, doch betreibt die Betroffene hier die Wiederaufnahme ⁵⁾. Eine Aufforderung, die das Bundeskartellamt gegen die Firma Massa GmbH, Alzey erlassen hatte, nämlich bis zum 29.7.1985 Verkäufe unter Einstandspreis aufzugeben, wurde zurückgezogen ⁶⁾. Keine der erlassenen Untersagungsverfügungen gemäß § 37a Abs.3 GWB wurde also rechtskräftig ⁷⁾. Der erhoffte Erfolg dieser Maßnahmen blieb aus. Sicherlich ist dies auch auf den Ausgang des Kaufmarkt-Verfahrens zurückzuführen - die Kartellbehörden

-
- 1) Bayer.Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr, Kartellbericht 1980/81, S.15.
 - 2) Vgl. auch Kreuzer, Wettbewerb um jeden Preis? Zur Problematik des Verkaufs zu Verlustpreisen im Einzelhandel in: WRP 85, 467 S.471.
 - 3) s. dazu OLG München v. 22.7.1982 - Kart.6/82 in WuW/E OLG 2738, das die Auskunftsverfügung der BayLKartB v. 16.2.1982 bestätigte.
 - 4) BKartA, 9.Beschlußabt. v. 5.5.1983, Az: B 9-712000-T-1019/81, - WuW/E BKartA 2029.
 - 5) Vgl. Kreuzer, aaO., S.474.
 - 6) Vgl. z.B. SZ Nr.170 v. 26.7.1985, S.23; Nr.172 v. 29.7.1985, S.18; Nr.183 v. 10./11.8.1985, S.34.
 - 7) Vgl. Kreuzer, aaO., S.474.

sahen sich wohl außerstande, diese Anforderungen in der Praxis zu erfüllen bzw. den dafür erforderlichen hohen Aufwand an Personal und Zeit auf einzelne Verfügungen zu wenden.

3. Selbstbeschränkungsmaßnahmen der Wirtschaft

Ein Grund für die äußerste Zurückhaltung, die die Kartellbehörden nach der anfänglichen Euphorie zeigten, sind sicher auch die Versuche der freiwilligen Selbstbeschränkung in der Wirtschaft.

Im sog. "Berliner Gelöbnis" vom 14.10.1983 ¹⁾ sagten Vertreter der führenden Unternehmen des Lebensmittel-Einzelhandels dem Präsidenten des Bundeskartellamtes zu, den systematischen Verkauf unter Einstandspreisen in der Zukunft zu unterlassen. Diese Selbstbeschränkungserklärung wurde durch eine weitere vom 18.10.1984 präzisiert ²⁾.

Ursache dieser "im Grund haarsträubenden Kartellvereinbarung in den Räumen des Kartellamtes" ³⁾ ist wohl einerseits die Ohnmacht der Kartellbehörden, in ausreichendem Maße Ermittlungen für den Erlass von Untersagungsverfügungen durchzuführen und ihre Bedenken, ob sie durch die Gerichte einmal bestätigt werden könnten. Andererseits bestehen aber auch berechtigte Befürchtungen auf seiten der Großunternehmen, daß sich der Gesetzgeber beim Scheitern dieser Selbstbeschränkungsmaßnahmen zu einem generellen Verbot von Verkäufen unter Einkaufspreisen im Rahmen einer UWG-Novellierung durchringen wird ⁴⁾.

1) Vgl. WuW-Kurzinformation 1983, 843.

2) Vgl. Kreuzer, aaO., S.474.

3) SZ Nr.23 v. 28./29.1.1984, S.33.

4) Vgl. z.B. Landesverband des Bayer.Einzelhandels e.V.: Aktuelle Fachinformation, München, Dez.1983.

Da an der "Berliner Erklärung" regionalmarktstarke Unternehmen nicht unmittelbar beteiligt waren, wurde die "gemeinsame Erklärung" der Organisationen der gewerblichen Wirtschaft vom 7.10.1975 ¹⁾ durch eine weitere vom 25.6.1984 ²⁾ ergänzt, in der gemäß Ziff.19 die Mitgliedsunternehmen gehalten sind, "die Behinderung von Wettbewerbern dadurch, daß Waren an den Letztverbraucher systematisch ohne sachlich gerechtfertigten Grund unter dem Einkaufspreis angeboten werden" ³⁾, zu unterlassen.

Ob sich die "Berliner Erklärung" und die "gemeinsame Erklärung" in der Praxis bewährt haben, vermag noch niemand zu sagen. Zwar stellte der Präsident des Bundeskartellamtes fest, daß die Erklärungen von den Beteiligten zum großen Teil eingehalten würden ⁴⁾; auch eine Untersuchung der Co op AG, in der Anzeigen in Tageszeitungen von 12 Wirtschaftsräumen für das zweite Halbjahr 1984 ausgewertet wurden, kam zum Ergebnis, daß die Zahl der Unternehmen, die mit Unterselbstkostenverkäufen werben, erheblich zurückgegangen sei ⁵⁾. Zur gleichen Zeit bezeichnete der Bayerische Wirtschaftsminister die Verkäufe unter Einstandspreis durch marktstarke Einzelhandelsunternehmen als eines der "akutesten und schwierigsten Wettbewerbsprobleme" ⁶⁾; der Konzentrationsprozeß in diesem Bereich

1) WuW 76, 17.

2) s. dazu Hinz, Fortschreibung der Gemeinsamen Erklärung zur Sicherung des Leistungswettbewerbs in: WRP 84, 653.

3) WuW 84, 712 S.714.

4) Vgl. WuW-Kurzinformationen, WuW 84, 852.

5) Vgl. WuW-Kurzinformationen, WuW 85, 275. Ursache dieses Rückganges könnte auch in veränderten Marktstrategien der Großunternehmen liegen: so will die co op AG Frankfurt z.B. die Stagnation auf dem Lebensmittelmarkt durch Ausweitung der Angebotspalette auf den Spielwaren- und Schubereich überwinden (vgl. SZ Nr.88 v. 17.4.1986, S.26). Daß bei solchen Investitionen Finanzmittel nicht in Unterselbstkostenverkäufe fließen sollen, ist offensichtlich, zumal Marktanteile hierdurch nur noch schwer zu erringen sind.

6) SZ Nr.38 v. 14.2.1985, S.19.

schreitet weiter fort ¹⁾.

4. Forderung nach einem generellen Verbot von Unterselbstkostenverkäufen

Aus der Praxis wurden erneut Forderungen nach einer Novellierung laut: So trat z.B. der Präsident der Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels für eine Ergänzung des UWG ein, mit der der Verkauf unter Einstandspreisen verboten werden sollte ²⁾; eine Mittelstandsvereinigung kündigte eine "Gesetzesinitiative gegen Verdrängungswettbewerb und Schleuderpreisstrategien" ³⁾ an. Von seitens des Bundeswirtschaftsministeriums war bereits Anfang des Jahres 1985 zu vernehmen, daß das generelle Verbot von Verkäufen immer noch "im Bonner Gespräch" sei ⁴⁾. Wenige Zeit danach dementierte ein parlamentarischer Sprecher desselben Ministeriums solche Absichten mit dem durchaus richtigen Argument, daß ein solches Verbot, wenn es nicht an Marktmacht geknüpft sei, sowohl ordnungs- als auch wettbewerbspolitisch äußerst bedenklich sei; zwangsläufig führte dies zur unmittelbaren Kostenkontrolle und wäre auch aus praktischen Gründen kaum durchführbar ⁵⁾.

Somit ist es fraglich, ob Schwierigkeiten bei der Gesetzesanwendung - § 37a Abs.3 GWB ist nämlich grundsätzlich ein taugliches Instrument zur Unterbindung mißbräuchlicher Unter-Einkaufspreis-Verkäufen ⁶⁾ - ein generelles Verbot

1) Vgl. SZ Nr.88 v. 17.4.1986, S.24.

2) Vgl. WuW-Kurzinformationen, WuW 85, 275.

3) WuW-Kurzinformationen, WuW 85, 275.

4) SZ Nr.47 v. 25.2.1985, S.17.

5) Vgl. Bundesregierung: Schriftliche Beantwortung einer Frage des BT-Abgeordneten Würtz durch den Parlamentarischen Staatssekretär beim Bundesminister für Wirtschaft, Martin Grüner, in: WuW 85, 299; vgl. dazu auch: Bundesregierung: Empfehlungen der BReg gegen marktbedingte Niedrigpreisstrategien (Antwort des Staatssekretärs Dr.Schlecht auf die Frage des Abgeordneten Paintner, FDF) in: WuW 85, 770.

6) So auch Kreuzer, aaO., S.475.

rechtfertigen. Der Ruf nach dem Gesetzgeber sollte doch erst dann laut werden, wenn bestehende Gesetze angewandt und durch die Gerichte ausgelotet wurden. Dies gilt um so mehr - und erscheint aus rechtsstaatlichen Erwägungen heraus auch geboten - wenn de lege lata weniger einschneidende Eingriffsmöglichkeiten zur Erreichung des Normzweckes wie hier im Falle des § 37a Abs.3 GWB existieren und durch eklatante Eingriffe in verfassungsrechtlich geschützte Freiheitsbereiche ersetzt werden sollen. Hinzukommt, daß ein generelles Verbot jedenfalls im Rahmen des GWB schon deshalb verfassungswidrig wäre, weil solche Maßnahmen nicht mehr den Bereich der Wirtschaftsaufsicht, sondern dem der Wirtschaftslenkung zugehören würden ¹⁾.

Daß § 37a Abs.3 GWB durch die zahlreich enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe rechtlich nur schwer in den Griff zu bekommen ist, kann nicht in Frage gestellt werden, gleiches galt jedoch Anfang des 20. Jahrhunderts z.B. auch für § 242 BGB! In gleicher Weise erfordert das Verfahren nach § 37a Abs.3 GWB umfangreiche, langwierige und personalintensive Tatsachenermittlungen. Dies darf jedoch weder die Kartellbehörden davon abhalten, die Vorschrift anzuwenden, noch die Gerichte, die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe durch richterliche Rechtsfortbildung auszufüllen. Verwaltung und Rechtsprechung haben den gesetzgeberischen Auftrag, die Mißbrauchsaufsicht gemäß § 37a Abs.3 GWB auszuüben, zu erfüllen.

Bestimmtheitsanforderungen an die Verwaltungsakte sollen gleichfalls nicht deren Anwendung bzw. die Anwendbarkeit der Gesetze behindern: Sind rechtsstaatlich gebotene Bestimmtheitsanforderungen so hoch, daß aufgrund des Gesetzes keine ausreichend bestimmten Maßnahmen mehr möglich sind,

1) s. dazu unten Teil 2, S.62 ff., 71 ff.

so ist ein solches Gesetz verfassungswidrig, da es selbst diesen Anforderungen nicht genügt. In allen anderen Fällen verbleibt es beim Auftrag der Exekutive, bestehende Gesetze - evtl. im Rahmen rechtsstaatlich zulässigen Ermessens - auch anzuwenden.

III. Das mißbrauchsrechtliche Dilemma

Im Bereich der Preismißbrauchsaufsicht sind folgende Wechselwirkungen zwischen Gesetzgebung, Kartellbehörden und Gerichten zu beobachten:

1. § 22 Abs.4, 5 GWB

§ 22 beschränkte sich ursprünglich auf genau umschriebene Verhaltensweisen und wurde durch die 1.Novelle 1965 zur Generalklausel; die 2.Novelle brachte eine Erweiterung des Adressatenkreises und die Vermutungen der Marktherrschaft des Abs.3, dieser wiederum wurde durch die 3.Novelle 1976 verschärft. Durch die 4.Kartellnovelle 1980 schließlich wurden gesetzliche Regelbeispiele zur Präzisierung des Mißbrauchsbegriffes eingefügt ¹⁾.

Allein die zahlreichen Änderungen der Vorschrift weisen auf die Anwendungsprobleme hin, die inzwischen zum Erliegen der ohnehin sehr umstrittenen Preiskontrolle gemäß § 22 GWB geführt haben ²⁾. Wesentliche Ursache dafür waren die extrem hohen Anforderungen, die die Rechtsprechung an den Nachweis des Preismißbrauchs gestellt hat ³⁾.

1) Vgl. Emmerich, Kartellrecht, 4.Aufl., München 1982, S.156 f.

2) Vgl. z.B. BKartA, TB 76, 24 ff.; 77, 23.

3) Vgl. z.B. BGHZ 67, 104 - Vitamin B 12; 68, 23 - Valium; 76, 142 - Valium II.

2. §§ 26 Abs.2, 3 i.V.m. 37a Abs.2 GWB

Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot wurde durch die 2. und 4. Novelle umfassend erweitert ¹⁾. In diesem Zusammenhang sind besonders kartellbehördliche Maßnahmen gegen drei Strukturmißbräuche zu nennen, also z.B. diskriminierende Rabatt-, Frachtgrundlagen- und Konzernumsatzsysteme ²⁾. Auch hier wurden an den Nachweis der Voraussetzungen der Diskriminierung sehr hohe Anforderungen gestellt ³⁾.

3. § 37a Abs.3 GWB

Zu dem 1980 neu eingefügten § 37a Abs.3 GWB ist bisher - wie bereits festgestellt - noch keine der erlassenen Untersagungsverfügungen rechtskräftig geworden, und dabei wird es auch in absehbarer Zeit wohl bleiben.

4. Die Entwicklung der Preismißbrauchsaufsicht

Hier zeigte sich eine bedenkliche Entwicklung: Die Kartellbehörden erlassen Verfügungen, die häufig der gerichtlichen Nachprüfung nicht standhalten; mit der Zeit scheuen sie sich, aufgrund der betreffenden Gesetzesvorschriften einzuschreiten, so daß die Mißbrauchskontrolle in Teilgebieten - vor allem aber bei der Preismißbrauchsaufsicht - immer wieder zum Erliegen kommt ⁴⁾. Werden

1) Vgl. Emmerich, Kartellrecht, aaO., S.196.

2) Vgl. z.B. WuW/E BGH 1429; WuW/E OLG 1581; WuW/E BKartA 1505 - Asbach Uralt.

3) Vgl. Emmerich, Kartellrecht, aaO., S.218.

4) So leitete das BKartA in den 12 Monaten nach Inkrafttreten der 2. Kartellgesetznovelle mehr als 400 neue Verfahren gem. § 22 GWB ein, brachte jedoch nur 3 Fälle zum Abschluß; vgl. Witkowski, Zur Mißbrauchsaufsicht über Preise marktbeherrschender Unternehmen, Frankfurt/Main, Bern 1981, S.8 f.

die Mißbrauchspraktiken der Wirtschaftssubjekte immer mehr ausgeweitet, so fühlt sich der Gesetzgeber von neuem veranlaßt, Vorschriften zu erlassen oder zu ändern, wobei dieser Kreislauf von neuem beginnt.

B. Gang der vorliegenden Untersuchung

Es fragt sich, worauf das oben genannte mißbrauchsrechtliche Dilemma zurückzuführen ist: Liegt es daran, daß die Mißbrauchsbestimmungen zu unbestimmt sind, so daß die Kartellbehörden keine ausreichenden Anhaltspunkte für ihr Einschreiten haben?

Es könnte allerdings auch der Fall sein, daß die Gerichte überzogene und verfassungsrechtlich nicht geforderte formale Anforderungen an die Preismißbrauchs-Unterlassungsverfügungen stellen und damit den Kartellbehörden die Möglichkeit nehmen, ihren gesetzlichen Auftrag zu erfüllen.

Unerläßlich erschien es mir deshalb, zunächst zu klären, wo die Grenzen der Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe liegen. Wurde diese Grenze nämlich bei den gesetzlichen Vorschriften, auf die Preismißbrauchsverfügungen gestützt werden, überschritten, so erübrigt sich die Frage nach der Bestimmtheit von Kartellverwaltungsakten, da diese notwendigerweise rechtswidrig wären.

Ergibt sich jedoch, daß die §§ 22 Abs.4, 5, 26 Abs.2, 3, und 37a Abs.3 GWB trotz zahlreich enthaltener unbestimmter Rechtsbegriffe noch ausreichend bestimmt sind, so kann untersucht werden, wo die Grenze ausreichender Bestimmtheit der Kartellverwaltungsakte verläuft. Wichtig ist hierbei auch die Frage, ob es eine rein formale starre Bestimmtheitsgrenze gibt, oder ob diese mit der Natur der zu regelnden Lebensbereiche variieren kann und - wenn ja - welche Kriterien hierfür noch zulässigerweise

herangezogen werden können, und wo die rechtsstaatlichen Grenzen in diesen Fällen liegen.

Ergibt sich, daß letztlich aussagefähige allgemeine Kriterien für diese Grenzziehung nicht zu finden sind, sondern daß konkretisierbare Aussagen nur im konkreten Fall entwickelt werden können, so ist weiter zu fragen, ob das Institut "Verwaltungsrechtsverhältnis" zur Klärung beitragen kann. Da jeder Preismißbrauchsverfügung ein justizförmig ausgestaltetes Verwaltungsverfahren vorangeht, entwickelt sich zwischen den Parteien - dem Unternehmen und der Kartellbehörde - ein Rechtsverhältnis, aus dem sich - nicht nur verfahrensrechtlich - Rechte und Pflichten ergeben können. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, daß der Grundsatz von Treu und Glauben und das Rechtsinstitut der Verwirkung auch in diesem Rechtsverhältnis gelten.

Mit einem derartigen Verwaltungsrechtsverhältnis - das für alle Preismißbrauchsverfahren verallgemeinerungsfähige Aussagen ergeben kann - wird es u.U. möglich, Anhaltspunkte für Bestimmtheitserfordernisse an die abschließend ergehenden Untersagungsverfügungen zu gewinnen, die einerseits nicht nur für den Einzelfall aussagekräftig sind, andererseits jedoch über den konkreten Einzelfall hinaus Geltung beanspruchen können.

Dies wiederum trägt zur Rechtssicherheit der Verfahrensbeteiligten bei, da sie nicht auf die Entscheidung des Gerichts im Einzelfall verwiesen sind, sondern voraussehen und berechnen können, ob der Verwaltungsakt so bestimmt ist, wie es die Rechtsordnung erfordert.

2. Teil: Der unbestimmte Rechtsbegriff in den Vorschriften der Preismißbrauchsaufsicht

A. Untersuchungsansätze

Die "wohl nie endgültig abzuschließende Suche nach dem rechtsstaatlich gebotenen Maß von Normklarheit" ¹⁾ kann von verschiedenen Ansatzpunkten her erfolgen.

I. Der normtheoretische Ansatz von H.-J. Koch

Koch ²⁾ untersucht die " normtheoretischen Probleme, die Ermessensermächtigungen und unbestimmte Rechtsbegriffe stellen." ³⁾ Ausgangspunkt dieser Diskussion ist das Verhältnis Exekutive - Judikative, insbesondere die Abgrenzung der Letztentscheidungsrechte. ⁴⁾

Hier stellt sich zum einen die staatstheoretische Frage, ob Art.19 Abs.4 GG ein strikt am gerichtlichen Rechtsschutz orientiertes Rechtsstaatsmodell fordert, oder ob im Hinblick auf die heute nicht mehr "monarchische, sondern demokratisch kontrollierte Exekutive" ⁵⁾ "gegenüber gerichtlicher Vollkontrolle eine Verstärkung der politisch-demokratischen Kontrolle vorzuziehen" ⁶⁾ sei. Der andere Aspekt - und nur diesem widmet sich die Studie von Koch - ist der normtheoretische, nämlich die Frage nach der Be-

1) Herberger, Normstruktur und Normklarheit, Das Beispiel von § 5 Abs. 3 BetrVG, Frankfurt 1983, S.12.

2) Vgl. Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht., Frankfurt 1979

3) Koch, aaO., S.11.

4) Koch, aaO., S.10; ein systematischer Überblick über den Diskussionsstand der Ermessensproblematik wird auf S. 101 ff. gegeben; vgl. auch zur Problematik 'Ermessensermächtigung und unbestimmte Rechtsbegriffe' S.172 ff.

5) Koch, aaO., S.11; auf verfassungsrechtliche Aspekte der Problematik Ermessensermächtigung und unbestimmte Rechtsbegriffe wird noch bei Koch, aaO., S.180 f. hingewiesen.

6) Koch, aaO., S.11.

schreibung, Abgrenzung und Zuordnung der Aufgaben zu Verwaltung und Gerichten. Im Vordergrund steht die Möglichkeit der Rechtfertigung juristischer Entscheidungen, die auf der Grundlage solcher Normen ergangen sind, die unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen enthalten. ¹⁾

Koch zeigt, daß die Anwendung von Logik und Semantik zu weiterführenden Erkenntnissen für die Beurteilung unbestimmter Rechtsbegriffe führen kann. ²⁾ Er selbst kommt jedoch zu dem Schluß, daß die oben genannte Beschreibung, Abgrenzung und Zuordnung der Aufgaben "nicht mehr sein (kann) als ein erster Schritt zur Klärung des Kompetenzstreites." ³⁾

II. Der sprachtheoretische Ansatz von M. Herberger

Obgleich das BVerfG im Beschluß vom 24. Nov. 1981 festgestellt hat, daß "die in § 5 Abs. 3 Nr. 3 Betriebsverfassungsgesetz enthaltene Umschreibung des Personenkreises der leitenden Angestellten ... dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot" ⁴⁾ genügt, stellt Herberger ⁵⁾ den Begriff des leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs.3 BetrVG 1972 in den Mittelpunkt seiner Arbeit. Dieses Beispiel ermöglicht es zum einen, "die Tragweite unterschiedlicher Präzisionskriterien mit Blick auf eine nicht ganz belanglose reale Ungewißheitssituation zu erörtern, was gegenüber bloß theoretischen Erwägungen den Vorzug verdient." ⁶⁾ Zum anderen könne "schwerlich ein weiterer Testfall gefunden werden, ... der so vollständig fast alle Problemvarianten erschöpft." ⁷⁾

1) Vgl. Koch, aaO., S.11.

2) Vgl. Koch, aaO., S.12, 14 ff.

3) Koch, aaO., S.11.

4) BVerfGE 59, S.104 (Leitsatz).

5) Vgl. Herberger, aaO.

6) Herberger, aaO., S.12.

7) Herberger, aaO., S.12.

Zunächst werden die verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten des "Begriffes" dargelegt.

- (1) "Begriff" im Sinne von "Wort".¹⁾
- (2) "Begriff" im Sinne von "Begriffsinhalt" oder "Intension", also "die Merkmale, die über die Verwendung eines dem Begriff (in diesem zweiten Sinne) zugeordneten Wortes entscheiden."²⁾
- (3) "Begriff" im Sinne der Verbindung von Wort und Intension, also "als zusammenfassende Bezeichnung für ein Wort und die Merkmale, die für den Gebrauch des Wortes maßgeblich sind."³⁾

Herberger verwendet "Begriff" in der unter (1) genannten Definition als Wort bzw. Wortkombination, die nicht nur auf eine Person oder Sache beschränkt ist.⁴⁾ In dieser Bedeutung "gehört zu einem Begriff neben dem Begriffsinhalt (der Intension) auch die Menge der von diesem Begriff bezeichneten Gegenstände (die Extension)."⁵⁾ Diese Basis ermöglicht sowohl eine intensionale, also inhaltslogische als auch eine extensionale, also umfangslogische Analyse. Erstere hat die Frage nach dem Verhältnis der einzelnen Merkmale, aus denen sich die untersuchten Intensionen zusammensetzen, zueinander zum Inhalt. Letztere ist die Untersuchung des Verhältnisses von Gruppen zueinander, "die durch die Begriffe "leitender Angestell-

1) Herberger, aaO., S.20.

2) Herberger, aaO., S.20.

3) Herberger, aaO., S.20.

4) Herberger, aaO., S.21.

5) Herberger, aaO., S.21.

ter", "Fall von Nr. 1", "Fall von Nr. 2" und "Fall von Nr. 3" bezeichnet werden." ¹⁾ Hier werden also die Personen, die vom Begriff bezeichnet werden, als Mengen, d.h. als Gruppen betrachtet. ²⁾ Sodann "lassen sich Aufbau und Veränderung von Intensionen und Extensionen zueinander in Beziehung setzen. Das erfordert bei aller Notwendigkeit einer klaren analytischen Trennung eine vergleichende Betrachtungsweise, da nur so ein Gesamtbild der begriffstheoretischen Situation gewonnen werden kann." ³⁾

Bei der Auslegung ist sodann zwischen struktureller und inhaltlicher Unklarheit zu unterscheiden. ⁴⁾ Eine Norm ist danach strukturell unklar, "wenn die Beziehungen zwischen den Extensionen der in der Norm vorkommenden Begriffe (bzw. Begriffskombinationen) nicht im Sinne eines der denkbaren extensionalen Verhältnisse festgelegt sind." ⁵⁾ Inhaltlich unklar ist eine Norm dann, "wenn es hinsichtlich einzelner Kandidaten für die Anwendung der Norm (Sachverhalte, Personen, Gegenstände etc.) zweifelhaft ist, ob die Norm auf sie anwendbar ist oder nicht." ⁶⁾ Diese inhaltliche Unklarheit wird sprachphilosophisch auch als Vagheit bezeichnet. ⁷⁾

Vagheitsspielräume sind wohl vor allem in solchen Normen

1) Herberger, aaO., S.21.

2) Vgl. Herberger, aaO., S.21.

3) Herberger, aaO., S.22.

4) Vgl. Herberger, aaO., S.71.

5) Herberger, aaO., S.72.

6) Herberger, aaO., S.72.

7) Vgl. Herberger, aaO., S.72.

unvermeidlich, die praxisnah komplexe und ständig neuen Entwicklungen unterworfenen Lebenssachverhalte regeln sollen, wie dies besonders im Wirtschaftsleben der Fall ist. Dennoch hält eine "Präzisierung der Struktur nach ... auf jeden Fall die "Gesamtsumme" an Unklarheit kleiner, als sie es bei einem Verzicht auf eine derartige Präzisierung wäre. Wenn man es also für sinnvoll (und für verfassungsrechtlich geboten) hält, das Ausmaß von Unklarheit bei der Normanwendung zu verkleinern, muß man sich jeweils für ein bestimmtes Maß von Strukturpräzision entscheiden, und zwar unabhängig davon, wie weit man mit der Präzision dem Inhalt nach kommen kann." ¹⁾

Die Entscheidung, ob eine konkrete Norm hinreichend bestimmt und damit verfassungskonform ist, kann mit bindender Wirkung allein durch das Bundesverfassungsgericht festgestellt werden. So kommt auch Herberger zu folgendem Schluß: "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bildet nicht allein wegen der Letztentscheidungskompetenz dieses Gerichtes den notwendigen Bezugspunkt für die Prüfung von § 5 Abs. 3 BetrVG auf Normklarheit. Hinzu kommt auch, daß bisher nur in dieser Rechtsprechung der umfassende Versuch gemacht worden ist, systematisch Kriterien der Normklarheit zu entwickeln, die einzelfallbezogene Entscheidungen ermöglichen sollen." ²⁾

Aus diesem Grunde wird auch in der vorliegenden Arbeit die Rechtsprechung des BVerfG als Maßstab für die Entwicklung von Bestimmtheitskriterien und für die Beur-

1) Herberger, aaO., S.74.

2) Herberger, aaO., S.115.

teilung der Bestimmtheit der kartellrechtlichen Mißbrauchsvorschriften herangezogen.

B. Verfassungsrechtliche Grundlagen

In der Tat müssen die gesetzlichen Vorschriften, die den Kartellbehörden für ihr Handeln im Rahmen der Preismißbrauchsaufsicht zur Verfügung stehen, jedem Laien sehr unbestimmt erscheinen. § 37a Abs.3 GWB verwendet mit "kleine und mittlere Wettbewerber", "überlegene Marktmacht", "wesentlich beeinflussen", "unbillig behindert" und "nachhaltig beeinträchtigt" allein fünf Begriffe, die durch Exekutive und Judikative erst konkretisiert werden müssen.

Dem Gesetzgeber ist es zwar nicht grundsätzlich verwehrt, Generalklauseln zu verwenden - gerade im Wirtschaftsrecht kommt er ohne sie nicht aus ¹⁾ -, diese grundsätzliche Zulässigkeit entbindet ihn jedoch nicht davon, bei der Fassung der Norm gewisse Mindestanforderungen zu beachten. Die Vorschrift muß so formuliert sein, daß die Betroffenen - denen die Rechtsordnung eine eigenmächtige Durchsetzung ihrer (behaupteten) Rechte verwehrt ²⁾ - "die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können" ³⁾.

Deshalb genügt nicht die Beurteilung der Bestimmtheitserfordernisse für einen Kartellverwaltungsakt, sondern es

-
- 1) Vgl. z.B. BVerfGE 31, 33 S.42 mit Hinw. auf BVerfGE 13, 153 S.161.
 - 2) Vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6.Aufl., Art.20, Anm. 10, Neuwied, Darmstadt 1983.
 - 3) BVerfGE 21, 73 S.79; vgl. auch BVerfGE 27, 1 S.8; 31, 255 S.264; 37, 132 S.142; 45, 400 S.420; 47, 239 S.247; vgl. weiter Meier, Rechtsstaatsprinzip und Handhabung des GWB in: WuW 83, 275 S.278.

ist zu prüfen, welche Anforderungen die Rechtsordnung an die Bestimmtheit der diese Verwaltungsakte ermöglichenden Gesetze stellt:

- Existieren einheitliche Kriterien?
- Können die Anforderungen je nach Regelungsbereich variieren (z.B. Polizei-, Straf- und Wirtschaftsrecht)?
- Wenn ja, welche Kriterien können noch zulässigerweise herangezogen werden?
- Wo liegt in diesen Fällen die rechtsstaatliche Grenze?

I. Ableitung aus dem Grundgesetz

1. Rechtsstaatsgebot

Nach ganz h.M. ist das Erfordernis der Bestimmtheit von Gesetzen auf das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit zurückzuführen ¹⁾.

Das Rechtsstaatsprinzip folgert das BVerfG nach st.Rspr. aus dem Zusammenhang der Art.20 Abs.3, 1 Abs.3, 19 Abs.4, 28 Abs.1 S.1 GG untereinander sowie mit der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes. Ihm kommt Verfassungsrang zu ²⁾.

Das BVerfG leitet das Bestimmtheitsgebot weiter von der Notwendigkeit der Normklarheit einerseits und der Justitiabilität ab ³⁾. Zum einen müsse Schutz vor Willkür ⁴⁾ gewährleistet sein, zum anderen müsse sich die Exekutive auf wechselnde Situationen einstellen können, wodurch abstrakte

1) h.M. seit BVerfGE 2, 380; S.403; vgl. auch Herzog in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 6.Aufl., Art.20 VII, Anm.58 ff., bes. 63, München 1976 ff. (Stand 1987)

2) Vgl. BVerfGE 7, 92; weiter BVerfGE 11, 64 S.72; 25, 269 S.290; 39, 41 S.47; 2, 380 S.403.

3) Vgl. Rengelin, Vorbehalt und Bestimmtheit des Atomgesetzes, NJW 78, 2217 S.2221 mit Hinw. auf BVerfGE 35, 348 S.358; 37, 133 S.142.

4) Vgl. Rengelin, aaO., S.2221 mit Hinw. auf BVerfGE 17, 232 S.246.

und unbestimmte Formulierungen notwendig würden ¹⁾. Die Möglichkeit des nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutzes erleichtert dem BVerfG die Bejahung der Verfassungsmäßigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe ²⁾, sofern die Gerichte diese konkretisieren können.

2. Demokratiegebot

Allgemein wird das Bestimmtheitsgebot auch auf das Demokratieprinzip (Art.20 Abs.1 GG) zurückgeführt. Beider Funktion sei es, eine "sinnvolle Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Exekutive herbeizuführen", wobei der Gesetzgeber "die politische Leitentscheidung trifft und keine ... Globalermächtigung der Exekutive überträgt", die Verwaltung andererseits aber nicht durch eine "Gesetzesflut mit zahllosen Detailentscheidungen" in ihrer Tätigkeit behindert wird ³⁾.

II. Die rechtsstaatlichen Maximen

Als Grundsatz mit Verfassungsrang, der nicht im Grundgesetz expressis verbis normiert ist, splittert sich das Rechtsstaatsprinzip in viele, teils normierte, teils vom BVerfG und der Lehre aus den Rechtsgedanken der Verfassung entnommene - Maximen auf, die aufgrund der doppelten Ableitung Grundgesetz und verfassungsrechtliche Postulate -- Rechtsstaatlichkeit -- Bestimmtheitsgebot für letzteres ebenfalls von großer Bedeutung sind und deshalb im folgenden kurz dargestellt werden sollen. ⁴⁾.

-
- 1) Vgl. Rengelin, aaO., S.2221 mit Hinw. auf BVerfGE 8, 274 S.326.
 - 2) Vgl. Rengelin, aaO., S.2221 mit Hinw. auf BVerfGE 21, 73 S.82; 35, 348 S.358; 31, 255.
 - 3) Rengelin, aaO., S.2221 mit Hinw. auf Geitmann: BVerfG und "offene" Normen, 1971, S.65 ff. u.w.Nachw.
 - 4) Die Trennung zwischen unabänderlichen Grundsätzen i.S.d. Art.79 III GG und variablen Grundsätzen ist für diese Arbeit ohne Bedeutung; vgl. dazu v.Münch/Schnapp, Grundgesetz - Kommentar, 3.Aufl., Art.20, Anm.21, München 1985

1. Das Freiheits- und Gleichheitsinteresse ¹⁾

Damit die Freiheitsrechte (Art.2 GG) nicht ins Leere laufen, wird der einzelne vor staatlicher Willkür durch Art.3 GG i.V.m. Art.1 Abs.3 GG geschützt. Es muß klar erkennbar sein, unter welchen Voraussetzungen der Staat in die freiheitliche Sphäre des Bürgers eingreift, dieser muß wissen können, wann er mit staatlichen Sanktionen zu rechnen hat.

Dies gilt auch im Bereich des Wirtschaftslebens und für den Wettbewerb, deren Freiheit von Art.2 und Art.12 GG ebenfalls garantiert wird ²⁾, welche auch Wirtschafts-subjekten eine allgemeine Handlungsfreiheit ³⁾ einräumen.

Die Gewährleistung dieser Rechte wird auch durch Bestimmtheitsgebote erreicht.

a) Besondere Bestimmtheitsgebote

Besondere Bestimmtheitsgebote enthalten Art.80 Abs.1 S.2 GG, § 37 Abs.1 VwVfG, Art.103 Abs.2 GG.

aa) Art.80 Abs.1 S.2 GG

Sinn des Art.80 GG ist die Entlastung der Legislative durch die Exekutive beim Erlass von Detailregelungen ⁴⁾, wobei Abs.1 S.2 den Gesetzgeber dazu zwingt, die Leitlinien zur Ordnung eines Bereiches selbst zu erlassen ⁵⁾. Damit

1) Vgl. auch Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.2, Anm.15 ff.; Art.3, Anm.2.

2) Vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.2, Anm.14; BVerfGE 12, 341 S.347.

3) Vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.2, Anm.2; BVerfGE 20, 283 S.290; 23, 12 S.30; vgl. auch Ipsen, Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, S.75 f. m.w. Nachw., Baden-Baden 1976.

4) Vgl. Seifert/Dellmann, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2.Aufl., Art.80, Anm.1, Baden-Baden 1985.

5) Vgl. Seifert/Dellmann, GG, Art.80, Anm.3.

schützt Art.80 Abs.1 S.2 GG den Bürger vor belastenden Eingriffen, die die Verwaltung sonst aufgrund zu unbestimmter Ermächtigungen in Erledigung der vom Grundgesetz dem Parlament zugedachten Aufgaben vornehmen könnte ¹⁾.

Dieselben Bestimmtheitsanforderungen stellen BayVerfGH und BVerwG an die Ermächtigungen zum Erlaß von - vor allem belastenden - Verwaltungsakten und besonders gemeindlichen Satzungen ²⁾.

bb) § 37 Abs.1 VwVfG

Auch ein rechtmäßiger Verwaltungsakt muß bestimmt sein (§ 37 Abs.1 VwVfG) ³⁾. Der Adressat muß aus ihm ersehen können, was er nach dem Willen der Behörde zu tun hat, da der Umfang der ausgesprochenen Verpflichtung nicht zur Disposition der Behörde gestellt und willkürlich variiert werden darf ⁴⁾. Dies zeigt sich auch bei der gerichtlichen Kontrolle: Die staatliche Gewalt soll sich nicht auf eine gerade noch zulässige Interpretation zurückziehen können, um damit der Klage die Grundlage unzulässigerweise zu entziehen.

cc) Art.103 Abs.2 GG

Aus Art.103 Abs.2 GG schließt die h.M. den Grundsatz "nulla poena sine lege certa" ⁵⁾: "Jedermann soll voraussehen können,

-
- 1) Somit ist Art.80 I S.2 GG als Ausfluß des Gewaltenteilungsprinzips aufzufassen; vgl. Schmidt/Bleibtreu, GG, Art.80, Anm.1; bezüglich des Bestimmtheitsgebots auch BVerfGE 13, 153 S.160 f.
 - 2) Vgl. z.B. BVerfGE 8, 274 S.325 f. mit Hinw. auf BayVerfGH 1 II 81 S.91; 4 II 181 S.191 f.; BVerwGE 2, 114; 2, 118 S.121 f.; 4, 24 S.38 f.
 - 3) und gleichlautend Art.37 I BayVwVfG.
 - 4) Vgl. z.B. BayVGh, BayVB1 67, 171 m.w.Nachw.; VG Berlin, JR 74, 48.
 - 5) Vgl. z.B. BVerfGE 4, 352 S.357 f.; 11, 234 S.237 f.; 20, 162 S.177; 21, 239 S.242; 23, 127 S.131 f.; 26, 41 S.42 ff.; 41, 314 S.319; 45, 363 mit Anm. Hassemer in: JuS 78, 204; 50, 142 S.164 f.

welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist" ¹⁾.

Da Strafgesetze am einschneidendsten in die Rechte des einzelnen eingreifen, müssen hier die Bestimmtheitsanforderungen am größten sein, was dennoch die Verwendung allgemeiner Begriffe nicht ausschließt ²⁾. Auch die Auslegungsbedürftigkeit von Strafnormen verstößt nicht gegen Art.103 Abs.2 GG ³⁾. Der Gesetzgeber kann sich auf die wesentlichen, auf Dauer konzipierten Vorschriften über Voraussetzungen, Art und Maß der Strafe beschränken ⁴⁾. Auch Strafgesetze, die durch Rechtsverordnung ergänzt werden sollen (Blankettstrafgesetze), sind zulässig, wenn Voraussetzungen, Art und Maß der Strafe im Blankettstrafgesetz selbst oder in einer anderen gesetzlichen Vorschrift, auf die die Blankettnorm Bezug nimmt, hinreichend deutlich umschrieben sind ⁵⁾.

b) Allgemeine Bestimmtheitsgebote

Darüber hinaus erfordern das Freiheits- und Gleichheitsinteresse die Einhaltung allgemeiner Bestimmtheitsgebote.

aa) Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Ein solches ergibt sich z.B. aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, ⁶⁾ der die hinreichende Bestimmtheit hinsichtlich Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß für Eingriffsnormen fordert, "so daß der Eingriff meßbar und in

1) Schmidt-Bleibtreu, GG, Art.103, Anm.7 m.w.Nachw.; vgl. BVerfGE 37, 201 S.207 m.w.Nachw.

2) Vgl. BVerfGE 37, 201 S.208.

3) Vgl. BVerfGE 47, 109 S.120 f. mit Hinw. auf BVerfGE 4, 352 S.358; 28, 175 S.183.

4) Vgl. BVerfGE 14, 245 S.251; 4, 352 S.357 f.; 22, 21 S.25; Schmidt-Bleibtreu, GG, Art.103, Anm.9.

5) Vgl. BVerfGE 14, 245 S.252; 22, 21; 37, 201 S.208; Schmidt-Bleibtreu, GG, Art.103, Anm.9.

6) Vgl.eingehend zum Thema 'unbestimmter Rechtsbegriff und Gesetzesbindung', Koch, aaO.

gewissem Umfang für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar wird" ¹⁾. Im Steuerrecht etwa müssen hinreichend bestimmte Normen im Interesse der Steuergerechtigkeit eine Vorausberechnung ermöglichen und so dafür sorgen, daß sich die Wirtschaftssubjekte auf die Steuerlast einstellen können ²⁾.

bb) Strafrecht

Im Strafrecht müssen - z.B. bei weitem Strafraumen - erkennbare Richtlinien für die Ermessensausübung bei der Strafzumessung und z.B. die Trennung zwischen leichten und schweren Fällen aufgestellt werden, um willkürliche Entscheidungen zu vermeiden ³⁾.

cc) Eingriffsnormen des öffentlichen Rechts

Im öffentlichen Recht müssen besonders dann Rechtsnormen bestimmt sein, wenn sie die staatliche Gewalt zum Eingriff in die Individualrechtssphäre ermächtigen. Auch gesetzliche Genehmigungsvorbehalte, die ein bestimmtes Verhalten verbieten, jedoch unklare Genehmigungsvoraussetzungen enthalten, verstoßen gegen den Bestimmtheitsgrundsatz ⁴⁾.

2. Das Voraussehbarkeits- bzw. Berechenbarkeitsinteresse ⁵⁾

Dieses Interesse ist eine Ergänzung des Willkürverbots und korrespondiert mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit

1) Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.20, Anm.11.

2) Vgl. BVerfGE 13, 153 S.160.

3) Vgl. Geitmann, aaO., S.93.

4) Vgl. BVerfGE 8, 71 S.75 ff.; 9, 83 S.86 ff.; 20, 150 S.157 ff.

5) Vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.2, Anm.16.

der Verwaltung ¹⁾. Dies erfordert eine ausreichende Konkretisierung der betreffenden Norm ²⁾.

Für das Kartellrecht ist dabei folgende Überlegung von Bedeutung:

Das einzelne Wirtschaftssubjekt muß, um seine Freiheitsräume voll ausnutzen zu können, genau ermitteln können, innerhalb welcher Grenzen es keiner staatlichen Beschränkung unterliegt ³⁾. Im Rahmen z.B. der Preismißbrauchsaufsicht bedeutet dies, daß die Betroffenen die Grenzen des mißbräuchlichen Einsatzes des Parameters "Preis" kennen müssen, da das deutsche Kartellrecht bisher noch kein generelles Verbot von Unter-Selbstkosten-Verkäufen kennt ⁴⁾. Freiheits- und Berechenbarkeitsinteresse können also nur gewährleistet werden, wenn das staatliche Handeln dem verfassungsrechtlich geforderten Bestimmtheitsgebot genügt.

3. Das Rechtsschutzinteresse

Die Rechtsschutzgarantie des Art.19 Abs.4 GG begründet Bestimmtheitsanforderungen derart, daß ein wegen zu großer Unbestimmtheit gerichtlich nicht mehr nachprüfbares Gesetz verfassungswidrig ist ⁵⁾, wobei allerdings der Kon-

1) Vgl. BVerfGE 13, 153 S.160.

2) Vgl. Schmidt/Bleibtreu/Klein, GG, Art.2, Anm.16.

3) Vgl. dazu BVerfGE 17, 306 S.314.

4) Rolf Sack, aaO., weist in diesem Zusammenhang auf die generalklauselartigen Kriterien hin und rechtfertigt diese mit fehlenden anderen Lösungsmöglichkeiten (S.70).

5) Vgl. z.B. BVerfGE 6, 32 S.42; Schmidt-Bleibtreu, GG, Art.19, Anm.19.

text, in dem der unbestimmte Begriff steht, und der Zweck des Gesetzes die Nachprüfbarkeit dennoch ermöglichen können ¹⁾.

Etwaigen Unbestimmtheiten in Rechtswegvorschriften wird dadurch Rechnung getragen, daß in grundsätzlich allen Verfahrensordnungen die Möglichkeit des hilfsweisen Verweisungsantrags vorgesehen ist ²⁾.

4. Das Praktikabilitätsinteresse

Es besteht ein Interesse daran, daß die erlassenen Gesetze auch angewandt werden können, da sonst der Gesetzgeber seinem Verfassungsauftrag zur Regelung der wesentlichen Lebensbereiche durch Erlaß - hinreichend bestimmter - Gesetze nicht genügen kann. Das BVerfG sieht denn auch in diesem Interesse im wesentlichen nur ein Indiz für die ausreichende Bestimmtheit der betreffenden Norm, wenn sie praktikabel ist, und zieht es nicht zur Begründung des Bestimmtheitsgebotes heran ³⁾.

Auch ist der Staat daran interessiert, daß die zu beurteilenden Tatbestände ermittelt und seine Anordnungen durchgeführt werden, was nur durch deren Bestimmtheit gewährleistet werden kann. Um jedoch ein Gesetz praktikabel zu fassen, müssen mit steigender Kompliziertheit und Variabilität des zu regelnden Lebensbereiches - wie besonders im Wirtschaftsleben - die Anordnungen des Gesetzgebers weiter gehalten werden.

Das Praktikabilitätsinteresse ist also mehr als ein Differenzierungsgrund aufzufassen; so können z.B. dieselben Sachverhalte vor und nach einem gesetzlichen Stichtag

1) Vgl. BVerfGE 47, 239 S.252 zu § 81b StPO.

2) Vgl. BVerfGE 57, 9 S. 22.

3) Vgl. BVerfGE 9, 39 S.47.

unterschiedlich behandelt werden ¹⁾.

III. Zulässigkeit von unbestimmten Rechtsbegriffen

1. Notwendigkeit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe

Am deutlichsten wird die Problematik des Bestimmtheitsgebotes bei den unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln. Spezialnormen, die jedes kleine Detail regeln und deshalb ohne unbestimmte Rechtsbegriffe auskommen, erweisen sich in vielen Lebensbereichen als zu schwerfällig und werden sich schnell ändernden Gegebenheiten nicht gerecht. Auch das BVerfG hat deshalb die Notwendigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln anerkannt ²⁾, vor allem im Wirtschaftsrecht kommt der Gesetzgeber ohne sie nicht aus ³⁾. Dies gilt auch für den einzelnen besonders beeinträchtigende Gebiete wie Steuerrecht und Strafrecht ⁴⁾.

So sind z.B. folgende Generalklauseln verfassungsmäßig: "Gute Sitten" ⁵⁾, "Treu und Glauben" ⁶⁾, "sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland" ⁷⁾, "besonderes öffentliches Interesse" ⁸⁾, "ungesunde Verteilung des Grund und Bodens" ⁹⁾, "ordnungsmäßige Buchführung" und "außergewöhnliche Belastungen" ¹⁰⁾.

1) Vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.3, Anm.23 m.w.Nachw.

2) Vgl. S. 22, Fußn.1 sowie BVerfGE 49, 168 (181).

3) wobei sich Änderungen der Wirtschaftslage auch auf andere Rechtsgebiete auswirken können, vgl. BVerfGE 49, 168 S. 163 zu §§ 2 I 2, 7 II 2 AuslG.

4) Vgl. z.B. BVerfGE 3, 225 S.243; Herzog in: Maunz/Dürig, GG, aaO., Art.20 VII, Anm.63; Leibholz/Rinck, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6.Aufl., Stand 1986, Art. 20. Anm.24, Köln 1979 ff; Schachtschneider, Das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes in: JA 78, 185, 237 S.242 f.; zum Strafrecht vgl. z.B. BVerfGE 4, 352 S.358; 28, 175 S.183; zum Steuerrecht vgl. z.B. BVerfGE 13, 153 S.160 f.

5) Vgl. BVerfGE 7, 198 S.206, 215.

6) BVerfGE 3, 225 S.243 f.

7) BVerfGE 6, 32 S.42 f.; vgl. auch BVerfGE 49, 169 S.181.

8) BVerfGE 50, 205, S.216.

9) BVerfGE 21, 73 S.80 zu § 9 I Nr.1 GrundstücksverkehrsG

10) Vgl. dazu BVerfGE 13, 153 S.160.

2. Gesetzgeberisches Ermessen

Es steht im Ermessen des Gesetzgebers, ob er ein Gesetz als Spezialnorm faßt oder mit unbestimmten Rechtsbegriffen ausstattet. Die Entscheidung wird je nach der zu regelnden Frage unterschiedlich ausfallen. Entscheidet er sich für letzteres, muß jedoch die Norm den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Normklarheit und Justitiabilität entsprechen ¹⁾.

3. Auswirkung auf den Betroffenen

Auch dem Bürger kommt die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zugute: Wäre die Gesetzgebung gezwungen, ohne unbestimmte Rechtsbegriffe zu arbeiten, gäbe es zahlreiche Gesetzeslücken. Die dann grundsätzlich mögliche analoge Normanwendung verbietet sich aber, wenn das Gesetz erkennbar nur für einen begrenzten Anwendungsbereich konzipiert ist. Aus dem verbleibenden "rechtsleeren Raum" erwächst dem Bürger Rechtsunsicherheit.

a) Einzelfallgerechtigkeit durch Verwaltungsermessen

Besonders deutlich wird dies beim Verwaltungsermessen ²⁾:

Die Ermessensermächtigung gibt der Verwaltung die Möglichkeit, zwischen mehreren, von der Norm gedeckten Rechtsfolgen zu wählen ³⁾, um so im Einzelfall größtmögliche Gerechtigkeit zu erreichen und/oder den Gesetzeszweck am besten zu erfüllen ⁴⁾. Dies schließt nicht aus, daß zusätzlich auf der Tatbestandsseite unbestimmte Rechtsbegriffe stehen, die von der Verwaltung erst konkretisiert werden müssen, bevor sie ihr Ermessen pflichtgemäß ausüben kann. Folge ist,

1) Vgl. BVerfGE 21, 73 S.79.

2) Zum folgenden ausführlich Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, 4.Aufl., München 1985.

3) Vgl. Maurer, aaO., § 7, Rdnr.6.

4) Vgl. Maurer, aaO., § 7, Rdnr.8.

daß die Konkretisierung gerichtlich voll, die Ermessensausübung nur im Rahmen von § 114 VwGO überprüft werden kann ¹⁾. Auf diese Weise steht der Bürger trotz Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe besser: Es werden so Regelungslücken vermieden, und die Rechtsanwendung kann flexibler an die Lebenssachverhalte angepaßt werden ²⁾.

b) Billigkeit

Auch der Gesichtspunkt der Billigkeit ³⁾ unterstreicht die Notwendigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe: Er erfordert das Bemühen, einerseits möglichst weitgehend dem einzelnen Gerechtigkeit widerfahren zu lassen, andererseits jedoch staatliche Entscheidungen an die sich wandelnden Lebensverhältnisse in ausreichend flexiblem Maße anpassen zu können ⁴⁾, da nur so weitestgehend materielle Gerechtigkeit erreicht werden kann. Somit steht der Forderung nach gesetzestechnischer Bestimmtheit vor allem im Wirtschaftsrecht die Notwendigkeit von elastischen Gesetzen im Interesse der Billigkeit entgegen.

4. Auslegungsbedürftigkeit

Auch die Auslegungsbedürftigkeit unbestimmter Begriffe verstößt nicht gegen die Verfassung ⁵⁾. Vielmehr sind sie derart auszulegen, daß der Auslegungsmöglichkeit, die der Verfassung und damit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheits-

1) Vgl. Maurer, aaO., § 7, RdNr.33 mit Hinw. auf BVerfGE 45, 309 S.324; vgl. auch BVerfGE 46, 176 S.176 f.

2) Vgl. auch BVerfGE 49, 89 S.137 ff.

3) Selbst ein unbestimmter Rechtsbegriff, der jedoch - im Sprachgebrauch nicht nur des Juristen Tradition geworden - keiner Definition mehr bedarf; vgl. z.B. BVerfGE 26, 41, S. 43; grundlegend Rümelin, Die Billigkeit im Recht, Tübingen 1921.

4) z.B. BVerfGE 8, 274 S.326.

5) Vgl. BVerfGE 57, 29 S. 35

gebot am meisten entspricht, der Vorzug zu geben ist ¹⁾.

IV. Zusammenfassung

Es läßt sich also feststellen, daß das Rechtsstaatsprinzip Maximen enthält, die nicht ohne weiteres als Einheit verstanden werden können: Ihm immanent ist das Spannungsverhältnis zwischen dem Gebot nach möglichster gesetzlicher Exaktheit einerseits und der Notwendigkeit von unbestimmten, sich als flexibel erweisenden Normen; eine Notwendigkeit, die nicht nur Praktikabilitätserwägungen entspringt, sondern auch aus rechtsstaatlichen Erwägungen heraus zu fordern ist.

Im folgenden ist nun zu klären, ob und inwieweit sich eine Grenze finden läßt.

C. Maßstäbe für die Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe

"Prüfungsmaßstäbe sind somit die grundlegenden Struktur- und Organisationsprinzipien des Grundgesetzes" ²⁾ als Basis für den Bestimmtheitsgrundsatz ³⁾.

Es bedarf aber einer weiteren Konkretisierung dieser Maßstäbe, bevor eine Anwendung auf die GWB-Vorschriften sinnvoll ist ⁴⁾.

Es wird nun im folgenden versucht, zunächst einmal Mindest- und Höchstanforderungen an die Bestimmtheit von Gesetzen

1) Vgl. z.B. Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, S.44 f., Berlin 1969.

2) Rengelin, aaO., S.2218.

3) Auf den von Rengelin weiter besprochenen Gesetzesvorbehalt (S.2218 bes. Fußn.10 mit Hinw. auf Geitmann, aaO.) braucht hier nicht eingegangen zu werden.

4) Vgl. Rengelin, aaO., S.2218 zu § 7 AtG.

aus der unübersehbaren Flut von Einzelentscheidungen herauszufiltern. Weiterhin ist festzustellen, ob die so gefundenen Grenzen starr sind, oder ob sie variieren können.

Ist das der Fall, so ist zu untersuchen, welche Faktoren dafür verantwortlich sind: In Frage kommen die Besonderheiten der in den verschiedenen Rechtsgebieten zu regelnden Materien ebenso wie der jeweils angesprochene Adressatenkreis. Auch die Umsetzung der Norm mittels Verwaltungsakt, die Ermessensausübung ¹⁾ und die Vorschaltung eines Verwaltungsverfahrens können eine Rolle spielen.

I. Mindest- und Höchstanforderungen

1. Mindestmaß

Das BVerfG hat in seinem Beschluß vom 2.6.1964 ²⁾ zwar zunächst die zwangsläufige Verwendung der Interpretation bedürftiger Rechtsbegriffe betont ³⁾, dann jedoch die betreffende Norm wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot verfassungswidrig erklärt, weil sie als Ermächtigungsgrundlage dem Verordnungsgeber die uneingeschränkte Befugnis zur Legaldefinition überließ ⁴⁾, indem dieser sämtliche Begriffe dieses Gesetzes näher zu bestimmten hatte, ohne Anhaltspunkte für die Interpretation zu haben. Sowohl der Begriff "Tonnenkilometer" als auch die Entfernungsangaben ließen unterschiedliche sachliche Differenzierungen zu. Der Steuerpflichtige konnte seine Steuerlast somit weder voraussehen noch berechnen.

1) Betrifft sowohl das Entschließungsermessen als auch die Frage nach Art und Intensität des beabsichtigten Eingriffs; beide Fragen stellen sich bei der Preismißbrauchsaufsicht fast immer!

2) BVerfGE 18, 53.

3) Vgl. BVerfGE 18, 53 S.60.

4) Vgl. BVerfGE 18, 53 S.60 f.

In einer weiteren Entscheidung ¹⁾ hat das BVerfG eine Verordnung, die ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt enthielt, deshalb für zu unbestimmt und damit verfassungswidrig erklärt, weil ihr ein Mindestmaß an normierten Tatbeständen fehle, so daß keine Grenzen abgesteckt seien, unter denen eine Behörde eine Erlaubnis zu erteilen bzw. zu versagen hat. Dies verstoße aber gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und damit gegen die Grundsätze des Rechtsstaats ²⁾.

Aus diesen beiden Beschlüssen - die in st.Rspr. untermauert wurden ³⁾ - lassen sich grundsätzliche Mindestanforderungen entnehmen:

Eine Norm mit unbestimmten Rechtsbegriffen ist dann zu unbestimmt,

- wenn sie gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstößt ⁴⁾,
- wenn sie gegen das Prinzip der Gewaltenverteilung verstößt ⁵⁾, beispielsweise weil sie "sich auf eine unbestimmte Vielzahl von nicht hinreichend bestimmten Begriffen bezieht, über die eine nähere Bestimmung getroffen werden kann" ⁶⁾, diese aber vom Gesetzgeber delegiert wird, ohne daß er "der ermächtigten Stelle ein "Programm" an die Hand" gibt bezüglich Grenzen und Ziel der Regelung ⁷⁾, er sich mit anderen Worten also seiner originären legislativen Aufgabenfunktion entledigt ("gesetzgeberische Gestaltungspflicht") ⁸⁾,
- wenn sie gegen Art.19 Abs.4 GG verstößt, weil sie wegen der Unbestimmtheit und mangels Hinweise in Wortlaut und Zweck gerichtlich nicht konkretisierbar und überprüfbar ist ⁹⁾,

1) BVerfGE 9, 83 ff. S.86.

2) BVerfGE 9, 83 S.87.

3) Vgl. Nachw. bei Fußn.4.

4) Vgl. BVerfGE 8, 274 S.325 f. zitiert von Grabitz, Die verfassungsorientierte Konkretisierung wettbewerbsrechtlicher Generalklauseln, ZHR 149 (1985), 263 S.274 f. mit Hinw. auf BVerfGE 6, 31 S.42; 8, 71 S.76; BayVGh nF 1, 81, S.97; 4, 181 S.191; 7, 113 S.119 f.; BVerwGE 2, 114 S.116; 2, 118 S.121; 3, 205 S.207; BayVGh nF 8, 30 S.34; vgl. weiter BVerfGE 13, 153 S.160.

5) Vgl. Fußn.4.

6) BVerfGE 18, 53 S.61, Hervorhebung durch den Verfasser.

7) BVerfGE 18, 53 S.62.

8) So BVerfGE 47, 393 S.399; vgl. weiter BVerfGE 49, 89 S. 126 f. (Schneller Brüter).

9) Vgl. Fußn.4.

- wenn sie gegen die Grundsätze der Normklarheit und Justitiabilität verstößt, weil sie den Betroffenen die Rechtslage nicht erkennen läßt ¹⁾.

2. Höchstmaß im Strafrecht

Während sich Mindestanforderungen relativ einfach anhand von verfassungsgerichtlichen Urteilen feststellen lassen, gestaltet sich die Suche nach den Höchstanforderungen wesentlich schwieriger.

Im Bewußtsein, daß dabei auch die Frage zu klären sein wird, ob es ein zu forderndes Höchstmaß per se gibt, oder ob sich Rechtsgebiete finden lassen, in denen geringere Anforderungen gestellt werden können ²⁾, ist zunächst vom Strafrecht auszugehen, dessen Anforderungen sicherlich die strengsten sind, - und sein müssen, da hier die Eingriffsmöglichkeiten des Staates für den Bürger am gravierendsten sein können ³⁾.

Dies zeigt sich schon darin, daß der Verfassungsgeber es für nötig befunden hat, das sonst nicht expressis verbis verfassungsrechtlich normierte Bestimmtheitsgebot punktuell wenigstens im Bereich des Strafrechts in Art.103 Abs.2 GG für alle Kriminal- und Ordnungsstrafen zu fixieren ⁴⁾: Jedermann muß in einem Rechtsstaat voraussehen können, welches Verhalten mit Strafe bedroht ist ⁵⁾. Auch die Disziplinaratbestände sind an Art.103 Abs.2 GG zu messen ⁶⁾.

1) Vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.20, Anm.11; BVerfGE 21, 73 S.79.

2) Vgl. dazu unten S.40 ff.

3) Vgl. BVerfGE 49, 169 S.181.

4) Vgl. Schmidt-Bleibtreu, GG, Art.103, Anm.10; Dürig in: Maunz/Dürig, GG, Art.103, Anm.113 f.; BVerfGE 9, 137 S. 144.

5) Vgl. Schmidt-Bleibtreu, GG, Art.103, Anm.7; BVerfGE 25, 269 S.285; 26, 41 S.42; 41, 314 S.319; 57, 250 S.262.

6) Vgl. z.B. BVerfGE 57, 29 S. 34 f. zu § 15 SG.

Da weitergehende Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit lt. BVerfG ¹⁾ nicht dem Rechtsstaatsprinzip zu entnehmen sind, stellt Art.103 Abs.2 GG das Anforderungsmaximum dar.

a) Tatbestands- und Rechtsfolgenseite

Die "lex certa" des Art.103 Abs.2 GG, als oberster Grundsatz der staatlichen Strafrechtspflege auch in § 1 dem StGB vorangestellt, betrifft sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen, als auch die Deliktsfolgen. Dem Bürger sollen nicht nur die strafrechtlichen Verhaltensverbote und -gebote, sondern auch die zu erwartende Strafe bei einem Verstoß klar und bestimmt vor Augen geführt werden ²⁾. Diese Funktion sieht das BVerfG als "grundsätzliche Ebene ... bezüglich der nötigen Bestimmtheit von Strafdrohungen an" ³⁾. Diese These konkretisiert zusammen mit dem Grundsatz, die Präzisionsanforderungen seien um so höher, je schwerer die Strafandrohung sei ⁴⁾, die Bestimmtheitsanforderungen.

b) Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe

Art.103 Abs.2 GG verbietet jedoch nicht die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ⁵⁾ und deren Auslegung durch den Richter ⁶⁾. Letztere kann um so weiter sein, je eindeutiger und offensichtlicher der Normzweck durch den Wortlaut zutage tritt, da dann der Normadressat das straf-

1) Vgl. BVerfGE 57,250 = NJW 81, 1719 S.1721.

2) Vgl. BVerfG, JuS 78, 204 f.,Anm. Hassemer.

3) BVerfG, JuS 78, 204, Anm. Hassemer.

4) Vgl. BVerfG, JuS 78, 205, Anm. Hassemer;
BVerfGE 14, 245 S.251; 26, 41 S.43.

5) Vgl. Schmidt-Bleibtreu, GG, Art.103, Anm.9; BVerfGE 37, 201 S.208; 48, 48 S.56; BVerfGE 26,41 S. 42 f.

6) Vgl. BVerfGE 25, 269 S.285; 47, 109 S.120 = NJW 78, 933; 48, 48 S.56.

rechtlich Verbotene seiner Handlung vorhersehen kann ¹⁾. Die gewerbliche Vermietung pornographischer Schriften im Versandwege kann z.B. vom Wortsinn her dem Tatbestandsmerkmal des Versandhandels durchaus zugeordnet werden ²⁾. Eine Anwendung über den den eindeutigen Wortlaut hinaus allein im Hinblick auf den Normzweck verstößt allerdings gegen das Analogieverbot des Art.103 Abs.2 GG ³⁾. Der Bestimmtheit ist seitens des Gesetzgebers Genüge getan, wenn er sich auf die wesentlichen, für die Dauer gedachten Bestimmungen über Voraussetzungen, Art und Maß der Strafe beschränkt ⁴⁾.

Auch Blankettstrafgesetze sind zulässig, selbst dann, wenn die Ergänzung durch eine Rechtsverordnung erfolgen soll. Im Blankettstrafgesetz selbst müssen dann sowohl Strafbarkeitsvoraussetzungen sowie Art und Maß deutlich umschrieben sein bzw. in einer anderen Norm, auf die im Blankettgesetz Bezug genommen wird ⁵⁾.

c) Normklarheit und Justitiabilität

Auch bei Gesetzen im Bereich des Strafrechts hat das BVerfG unbestimmte Rechtsbegriffe an den Erfordernissen der Normklarheit und Justitiabilität gemessen ⁶⁾.

Für die vorliegende Arbeit besonders bedeutsam ist, daß das BVerfG wiederholt die Notwendigkeit unbestimmter Begriffe in Strafgesetzen mit der Vielgestaltigkeit der heutigen Lebensverhältnisse begründet hat; der Verzicht

1) Vgl. BVerfG, NJW 82, 1512; weiter BVerfGE 28, 175 S.183 ff.; 48, 48 S.56; 57, 250 S.262 jeweils m.w. Nachw.; 47, 239 S.252 zu § 81b StPO.

2) Vgl. BVerfG, NJW 82, 1512 (in BVerfGE nicht enthalten).

3) Vgl. BVerfGE 47, 109 S.121, 124.

4) Vgl. BVerfGE 14, 245 S.251; 11, 234 S.238; 22, 1 S.20 und st.Rspr.

5) Vgl. BVerfGE 14, 245 S.252; 22, 1 S.20; 23, 265 S.270; 37, 201 S.208 f.

6) Vgl. BVerfGE 47, 239 S.252 bezüglich § 81b StPO.

auf sie würde der Rechtspflege schwere Nachteile bringen ¹⁾.

d) Zusammenfassung

Es läßt sich also feststellen:

Das Höchstmaß an Bestimmtheit ist im Strafrecht zu fordern; die Normen sind dabei an Art.103 Abs.2 GG zu messen. Allgemeine Begriffe und ihre weite Auslegung im Blick auf den Normzweck sind zulässig; sofern dem Voraussehbarkeits- und Berechenbarkeitsinteresse des Normadressaten Rechnung getragen wird. Auslegung ist bei eindeutigen Wortlaut jedoch nicht möglich.

II. Einflußfaktor Verschiedenartigkeit der Rechtsgebiete

Da - wie oben gezeigt - Höchst- und Mindestanforderungen nicht identisch sind, liegt die Frage nahe, ob die Anforderungen in unterschiedlichen Rechtsgebieten verschieden ausfallen können.

Das BVerfG hat in folgenden Fällen differenziert:

1. Sozial- und gesellschaftspolitischer Bereich

Hier hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum ²⁾.

2. Polizeirecht

Die polizeirechtliche Generalklausel ist verfassungsrechtlich unbedenklich ³⁾, jedoch wohl nur, "weil sie

1) Vgl. z.B. BVerfGE 11, 235 S.237; 9, 223 S.226.

2) Vgl. BVerfGE 53, 257 S.313; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG Art.20, Anm.11.

3) Vgl. BVerfGE 54,143 S.144 f.

in jahrzehntelanger Entwicklung durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert, in ihrer Bedeutung geklärt und im juristischen Sprachgebrauch verfestigt ist" ¹⁾.

3. Verwaltungsrecht

Im Bereich der Exekutive ist der Maßstab weniger streng als im Strafrecht ²⁾, weil sich die Vielfalt der Verwaltungsaufgaben nicht immer in klar umrissene Begriffe einfangen läßt ³⁾, besonders, wenn die Verwaltung bei der Regelung wirtschaftlicher Begebenheiten sich rasch ändernden Situationen anpassen muß ⁴⁾. Hier gebietet das Rechtsstaatsprinzip nicht mehr, als es für den Erlass von belastenden Verwaltungsakten fordert ⁵⁾. Das BVerfG betont jedoch, daß das "Minus" an Bestimmtheit durch entsprechende rechtsstaatliche Verfahren, besonders die gerichtliche Kontrolle ausgeglichen werden muß ⁶⁾.

4. Wirtschafts- und Steuerrecht

Besondere Bedeutung mißt das BVerfG unbestimmten Begriffen im Bereich des Wirtschafts- und Steuerrechts bei:

Werden sie im Strafrecht angesichts des Postulats des Art.103 Abs.2 GG eher als nicht ganz zu umgehendes Hindernis in Kauf genommen, sind sie hier als klare Notwendigkeit ⁷⁾ anerkannt, will der Gesetzgeber seiner Aufgabe,

1) Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.20, Anm.10 mit Hinw. auf BVerfGE 54, 144 f.

2) Vgl. BVerfGE 49, 168 S.181.

3) Vgl. BVerfGE 49, 168 S.181 mit Hinw. auf BVerfGE 8, 274 S.326.

4) Vgl. BVerfGE 14, 105 S.114.

5) Vgl. BVerfGE 14, 105 S.113 f. mit Hinw. auf BVerfGE 8, 274 S.325 f.; 9, 137 S.147 ff.

6) Vgl. BVerfGE 49, 169 S.181 f. mit Hinw. auf 33, 303 S.341.

7) Vgl. BVerfGE 13, 153, S.161; 31, 33 S.42.

den Rahmen für das wirtschaftliche Leben zu schaffen, gerecht werden. Im Vordergrund stehen hier die wirtschaftliche Betrachtungsweise ¹⁾, die Einzelfall- bzw. Steuergerechtigkeit ²⁾, und die Tatsache, daß die Lebenssverhältnisse sich im Wirtschaftsleben sehr schnell ändern, der Gesetzgeber jedoch auf das zum Teil langwierige Normgebungsverfahren angewiesen ist.

Das BVerfG kommt zu dem - nur auf den ersten Blick paradox erscheinenden - Schluß, daß gerade der unbestimmte Rechtsbegriff den Steuertatbestand einengt, wenn die Verwaltung und Gerichte das Gesetz entsprechend den Grundsätzen der Steuergerechtigkeit auslegen ³⁾, eine Aufgabe, die vor allem den Gerichten zukommt ⁴⁾, und zwar nicht nur den Zivil-, sondern gerade auch den Finanzgerichten unter dem Gesichtspunkt materieller Gerechtigkeit im Wirtschaftsleben ⁵⁾.

Aufgrund der Schnellebigkeit der Wirtschaft ist hier auch nicht schädlich, wenn die Gerichte neu auftauchende Probleme (z.B. Pensionsrückstellung) nicht gleich zu Anfang mit der sonst nötigen Klarheit beurteilen können ⁶⁾.

5. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die Bestimmtheitsanforderungen nicht immer gleich streng sind. Am höchsten im Strafrecht, variieren sie je nach der Schwere der Auswirkungen eines Eingriffs für den Adressaten. Im Bereich des Wirtschafts- und Steuerrechts sind aufgrund der Notwendigkeit einer flexiblen Handhabung ebenfalls geringere

1) Vgl. BVerfGE 18, 225 S.234.

2) Vgl. BVerfGE 13, 153 S.162.

3) Vgl. BVerfGE 13, 153 S.162.

4) Vgl. BVerfGE 3, 225 S.243 f.

5) Vgl. BVerfGE 13, 153 S.164.

6) Vgl. BVerfGE 18, 225 S.239 mit Hinw. auf 4, 1 S.7.

Anforderungen zu stellen.

III. Einflußfaktor Adressatenkreis

Zu untersuchen ist weiter, ob auch eine Differenzierung nach Adressatenkreisen zulässig ist.

1. Straf- und Disziplinarrecht

Das BVerfG hat eine solche Unterscheidung sogar im Strafrecht vorgenommen ¹⁾: Richtet sich eine Strafnorm (hier § 240 Abs.1 Nr.4 KO aF) ausschließlich an Personen mit bestimmten, durch Ausbildung oder praktische Erfahrung bedingten Fachkenntnissen, können unbestimmte Begriffe in weitem Ausmaß verwendet werden, sofern sie sich auf diese Kenntnisse beziehen. Von einem Kaufmann ist also zu erwarten, daß er betreffs Erstellung einer Jahresbilanz § 39 Abs.2 S.2 HGB kennt und den Begriff "einem ordnungsgemäßen Geschäftsgang entsprechende Zeit" bestimmen kann, wobei handelsrechtliche Gesichtspunkte eine wesentliche Rolle spielen, für die Strafbarkeit gemäß § 240 Abs.1 Nr.4 KO aF jedoch strafrechtliche Gesichtspunkte an erster Stelle stehen ²⁾: Schwierigkeiten im Einzelfall entbinden nicht von der Pflicht, rechtzeitig zu bilanzieren.

Auch Soldaten müssen mit ihren Dienstpflichten vertraut sein und in Kenntnis entsprechender Erlasse des BMV und der Verwaltungspraxis zwischen politischen Veranstaltungen und solchen im Sinne des Art.9 Abs.3 GG ebenfalls im allgemeinen unterscheiden können ³⁾.

1) Vgl. BVerfGE 48, 48 S.57.

2) BVerfGE 48, 48 S.60.

3) Vgl. BVerfGE 57, 29 S. 38 f.

2. Polizeirecht

Im Polizeirecht findet sich zwar mit der "Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung" ein sehr unbestimmter Begriff, jedoch seine traditionelle sprachliche Verfestigung macht ihn auch für den Adressaten (Störer) jederzeit verständlich ¹⁾.

3. Leistungsverwaltung

Im Bereich der Leistungsverwaltung sind die Anforderungen um so geringer, je größer der Gestaltungsspielraum des Normgebers ist: Ist die Leistung Verfassungsaufgabe des Staates (Ausfluß des Sozialstaatsprinzips), muß die Norm den Anspruch des Bedürftigen erkennen lassen, ansonsten (z.B. im Bereich der Subventionsgebung) sind geringere Anforderungen zu stellen.

4. Wirtschafts- und Steuerrecht

Im Steuerrecht kann vorausgesetzt werden, daß jeder, der Einnahmen erzielt (somit also in irgendeiner Form am Wirtschaftsleben teilnimmt), mit der Pflicht, Steuern zu zahlen, rechnet und ihm eine Erkundigungspflicht auferlegt werden darf.

Im Bereich des Wirtschaftsrechts ist von einem gewissen Fachkenntnisstand auszugehen, der es den Adressaten ermöglicht, unbestimmte Begriffe besser zu erfassen als andere. Eine Kapitalgesellschaft muß schlichtwegs in der Lage sein, zu beurteilen, ob ein Gesellschaftskredit die Steuerpflicht auslöst ²⁾.

1) Vgl. Fußn. 1, S. 46.

2) Vgl. Fußn. 4, S. 47.

Dies muß um so mehr im Bereich des GWB gelten: Wer als Marktmächtiger bzw. -beherrschender (mit entsprechend hohem Wissenstand um wirtschaftliche Zusammenhänge) diese Kenntnisse mißbräuchlich einsetzt, sollte sich nicht darauf zurückziehen können, er habe die unbestimmten Begriffe z.B. der Preismißbrauchsvorschriften der §§ 26 Abs.2, 22 Abs.4, 37a Abs.3 GWB nicht deuten können.

IV. Einflußfaktor indirekter Gesetzesbefehl

Enthält ein Gesetz ein unmittelbares Verbot bzw. die Möglichkeit, in die Rechtssphäre des Bürgers einzugreifen (wie i.d.R. die Vorschriften des StGB), so sind die Bestimmtheitsanforderungen möglichst hoch anzusetzen. Das Praktikabilitätsinteresse des Staates ist (fast) bedeutungslos. Rechtsanwender ist in diesen Fällen das Gericht.

Im Verwaltungsbereich ist jedoch die Behörde Rechtsanwender, sie setzt das Gesetz, das sie zum Handeln ermächtigt (indirekter Gesetzesbefehl), mittels Verwaltungsakten um ¹⁾.

Wie wirkt sich das auf die Bestimmtheitsanforderungen an das Gesetz aus?

1. Tatbestandsseite

Die Rechtsanwendung vollzieht sich in vier Schritten ²⁾: Feststellung des Sachverhalts, Auslegung und Feststellung des gesetzlichen Tatbestandes, Subsumtion und Feststellung der Rechtsfolge. Der Bürger sieht sich hierbei u.U. zwei Unsicherheitsfaktoren ausgesetzt: Zum einen auf der Tatbestandsseite unbestimmte Rechtsbegriffe, zum anderen das Verwaltungsermessen auf der Rechtsfolgenseite ³⁾.

1) Vgl. Maurer, aaO., S. 91.

2) Nach Maurer, aaO., S. 90.

3) Vgl. Maurer, aaO., S. 99.

a) Anforderungen an die Norm

Über die Anforderungen an Gesetze, die die Verwaltung zum Handeln ermächtigen, ist oben schon gesprochen worden: Besonders sind das Gewaltenteilungsprinzip und die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Normklarheit und Justitiabilität zu beachten ¹⁾.

b) Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

An die tatbestandliche Fixierung der Voraussetzungen für behördliches Handeln dürfen keine unerfüllbaren Anforderungen gestellt werden, besonders wenn sie Ausnahmesituationen regeln sollen ²⁾. Ob die getroffene Regelung noch präziser hätte gestaltet werden können, ist unerheblich, es genügt, wenn die o.a. Mindestanforderungen eingehalten sind ³⁾. Hier hat der Gesetzgeber einen politischen Gestaltungsspielraum ⁴⁾.

c) Auslegungsbefugnis der Behörden

Die Behörde ist anerkannterweise befugt, unbestimmte Gesetzesbegriffe auszulegen, sofern sich für die Interpretation genügend Anhaltspunkte aus der Norm selbst ergeben ⁵⁾.

d) Gerichtliche Nachprüfbarkeit

Eine besondere Bedeutung hat für diese - im Vergleich zum Strafrecht doch wesentlich herabgesetzten - Anforderungen

1) Vgl. BVerfGE 21, 73 S.79 f.

2) Vgl. BVerfGE 18, 353 S.363.

3) Vgl. BVerfGE 18, 353 S.362, 364 f. zu Verboten mit Erlaubnisvorbehalt.

4) Vgl. BVerfGE 21, 73 S.78 f.

5) Vgl. BVerfGE 21, 73 S.82 mit Hinw. auf 13, 153 S.164.

die gerichtliche Nachprüfbarkeit ¹⁾. Die Norm darf zwar unbestimmt sein und die Behörde ist zur Interpretation gezwungen, ihre Auslegung ist jedoch voll nachprüfbar, womit der Schutz des einzelnen gewährleistet ist. Maurer ²⁾ verwendet in diesem Zusammenhang die Begriffe "originäre Rechtsanwendung" (der Behörde) und "reagierende Rechtsanwendung" (der Gerichte).

Um diesen Schutz sicherzustellen, hat die Rechtsprechung auch einem Beurteilungsspielraum der Behörden bis auf wenige Ausnahmen ³⁾ die Anerkennung verweigert, da hier die volle gerichtliche Überprüfung nicht gewährleistet ist.

2. Rechtsfolgenseite - Ermessen

Das der Rechtsfolgenseite einer Norm zuzuordnende Verwaltungsermessen wird vom Gesetzgeber eingeräumt, muß also aus dem Gesetz ersichtlich sein ⁴⁾. Es gibt der Verwaltung die Wahl zwischen verschiedenen, von der Norm gedeckten Verhaltensweisen ⁵⁾.

a) Einzelfallgerechtigkeit

Das Ermessen dient - wie oben bereits angedeutet - in erster Linie der Einzelfallgerechtigkeit. Die Behörde soll in die Lage versetzt werden, unter Berücksichtigung des Gesetzeszweckes eine sachgerechte und angemessene Lösung für den Einzelfall zu finden ⁶⁾.

1) Vgl. Maurer, aaO., S.102 m.w.Nachw.; BVerfGE 21, 73 S.82.

2) Maurer, aaO., S.91.

3) Nachweise bei Maurer, aaO., S.103 f.

4) Vgl. Maurer, aaO., S.93.

5) Vgl. Maurer, aaO., S.92.

6) Vgl. oben S.32 u. Maurer, aaO., S.94.

b) Bindung der Verwaltung

Der Gesetzgeber muß auch aus rechtsstaatlichen Erwägungen heraus die Behörde nicht binden, einen möglichen Eingriff immer vorzunehmen oder aber unter bestimmten Voraussetzungen von ihm Abstand zu nehmen ¹⁾.

Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Behörde völlig freie Hand hat. Sie ist insoweit gebunden, als sie die rechtsstaatlichen Grundsätze, besonders den Gleichheitssatz (vgl. die Selbstbindung der Verwaltung bei Fehlen eines sachlichen Differenzierungsgrundes), sowie Ziel und Zweck des ermächtigenden Gesetzes zu beachten hat. Das Ermessen ist somit immer pflichtgemäßes Ermessen ²⁾.

V. Einflußfaktor Verwaltungsverfahren

1. Bedeutung und Funktion

a) Effizienz staatlichen Handelns

Ein Verwaltungsverfahren ist dort angebracht, wo erst die Behandlung und Lösung komplexer Fragen eine sinnvolle Entscheidung ermöglichen (z.B. Planfeststellung, atomrechtliche Genehmigung); es dient somit der Effizienz hoheitlicher Tätigkeit und soll "die wirksame Erfüllung staatlichen Handelns ... ermöglichen" ³⁾.

Auf der anderen Seite dürfen die rechtlichen Interessen Betroffener nicht außer acht gelassen werden, sie sind vielmehr mit den behördlichen Handlungszielen in Einklang zu bringen. Daraus resultiert ein Spannungsverhältnis

1) Vgl. BVerfGE 9, 137 (Ls).

2) Vgl. BVerfGE 18, 353 S.363 mit Hinw. auf BVerfGE 9, 137 S.147 u. 14, 105 (114).

3) Degenhart, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, DVBl 1982, 372 S.874.

zwischen Effizienz des Handelns und dem Schutz Betroffener ¹⁾. Degenhart ²⁾ spricht hier von "Effizienz ... unter Wahrung der Rechte Betroffener, unter gebotener Berücksichtigung ihrer rechtlich relevanten Interessen - im Ausgleich also mit Rechtsschutzerfordernissen". Das Verwaltungsverfahren hat somit eine eigenständige, rechtsstaatliche Bedeutung ³⁾.

b) Rechtsschutzauftrag

Um diesem Auftrag nachkommen zu können, muß die Behörde im Verwaltungsverfahren mehrere Aufgaben erfüllen:

aa) Sicherungsfunktion

Die Behörde hat die Sach- und Rechtslage umfassend zu bewerten und zu gestalten. Sie muß möglicherweise betroffene Belange eines Adressaten oder anderer Betroffener bestimmen und eingrenzen ("Sicherungsfunktion"), muß also deren Interessen schützen, und zwar von sich aus. Dies ist schon deswegen notwendig, da sich Art und Intensität des Betroffenseins erst im Verfahren konkretisiert, und zwar je mehr sich eine mögliche Entscheidung herauskristallisiert. Dabei muß die Behörde auch berücksichtigen, daß die Interessen verschiedener Betroffener durchaus auch divergieren können. Mithin hat sie also die Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit, der Billigkeit und Gerechtigkeit zu beachten, und dies um so mehr, je größer der Ermessensspielraum ist und je weniger die gesetzlichen Tatbestände präzisiert sind ⁴⁾.

1) Vgl. Degenhart, aaO., S.873.

2) Vgl. Degenhart, aaO., S.872 f.

3) Vgl. Degenhart, aaO., S.873.

4) Vgl. Degenhart, aaO., S.875 f.

bb) Ausgleichs- und Ergänzungsfunktion

Bezüglich des Rechtsschutzes hat das Verwaltungsverfahren noch eine Ergänzungs- und Ausgleichsfunktion:

Rechtsschutz bedeutet zunächst (aber nicht nur!) Grundrechtsschutz ¹⁾, also Anspruch auf grundrechtssicherndes Verfahren, der den aus Art.19 Abs.4 GG folgenden judikativen Schutzanspruch ergänzt.

Die Gerichte sind zudem an die von den Schutznormen zugunsten des Betroffenen vorgegebenen Prüfungsmaßstäbe gebunden ²⁾, ihre Kontrollmöglichkeiten sind also faktisch begrenzt. Dieses Defizit kann das Verwaltungsverfahren teilweise ausgleichen:

Der Entscheidungsvorgang der Behörde, die die oben unter aa) aufgezeigten Grundsätze zu beachten hat, wird vom Verwaltungsverfahrensgesetz gesteuert. Dessen Garantien ergreifen folglich auch solche Interessen, die in diesem Prozeß berührt werden und in die Entscheidungsfindung einfließen, ohne daß dies in dem Verwaltungsakt selbst erkennbar wird. Somit wird das Verfahren nicht nur zum "vorverlagerten gerichtlichen Rechtsschutz" ³⁾, sondern beinhaltet einen spezifischen Rechtsschutzauftrag, während das Gericht nur die im Außenverhältnis wirkende Entscheidung überprüft.

Es wird zum selbständigen rechtsstaatlichen Steuerungsinstrument mit eigenem Rechtsschutzauftrag ⁴⁾.

1) Vgl. Degenhart, aaO., S.878.

2) Vgl. Degenhart, aaO., S.874 f.

3) Degenhart, aaO., S.876 mit Fußn.42 unter Hinw. auf BVerfGE 59, 30 S.60; Blümel, Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung in: Blümel (Hrsg.), Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, S.35, 1982; Redeker, Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe, NJW 80, 1593 S.1596; Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat in: VVDStRL, Heft 30 (1972), S.127.

4) Degenhart, aaO., S.876.

cc) Verfassungsrechtlicher Aspekt

Degenhart ¹⁾ sieht hierin m.E. zu Recht eine starke verfassungsrechtliche Komponente: Nach oben Ausgeführten dient das Verfahren über den (Grund-)Rechtsschutz hinaus auch der "sachlichen Rechtsstaatskonformität der zu treffenden Maßnahme", es begrenzt durch seine normative Ausgestaltung die staatliche Hoheitsgewalt und wahrt die Rechte des Betroffenen durch Berücksichtigung bei seiner eingreifenden und damit grundrechtsrelevanten Entscheidung. Es besteht somit eine "Rechtsschutzgarantie des Verfassungsrechtes im Verwaltungsverfahren".

Auch Bethge ²⁾ betont den Zusammenhang von Grundrechten, Organisation und Verfahren und nennt als Beispiel unter dem Stichwort "verwaltetes Grundrecht" ³⁾ Art.16 Abs.2 S.2 GG, dessen Grundrecht auf Asyl zwar vorbehaltlos gewährleistet, aber ohne förmliche Anerkennung in einem Verwaltungsverfahren praktisch nicht realisierbar sei. "Im Grunde sei ein ordnungsgemäßes Verfahren die einzige Möglichkeit, Grundrechte durchzusetzen ..." ⁴⁾.

2. Höchststrichterliche Rechtsprechung

Diese Darstellung des Verwaltungsverfahrens findet auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ihre Stütze.

a) BVerfG

Im Mühlheim/Kärlich-Beschluß ⁵⁾ stellt das BVerfG zunächst fest, daß die Nichtbeachtung von Verfahrensvorschriften

1) aaO., S.877.

2) Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, NJW 82, 1 m.w.Nachw.

3) Bethge, aaO., S.5.

4) Richter Böhmer, BVerfGE 49, 220 S.228 ff., zitiert bei Bethge, aaO., S.1 m.w.Nachw.

5) BVerfGE 53, 30.

die Verletzung von Grundrechten (auch des Art.2 Abs.2 GG) zur Folge haben kann ¹⁾. Die Behörde hat die Pflicht, für die Wahrung der Grundrechte auch in atomrechtlichen Genehmigungsverfahren zu sorgen und gleichzeitig einen Ausgleich der Interessen der Betreiber wie der gefährdeten Bürger zu bewirken ²⁾. Dies wird nicht nur durch die materiellrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen, sondern in erster Linie durch das formalisierte Genehmigungsverfahren erreicht, in dem alle in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Behörden sowie die Bürger, die rechtzeitig Einwendungen machten, zu beteiligen sind (vgl. § 7 Abs.4 AtG, §§ 7 Abs.1, 8 Abs.1 AtVfV), womit für letztere eine "Vorverlagerung des Rechtsschutzes" erreicht wird ³⁾. So "darf eine atomrechtliche Errichtungsgenehmigung bei möglicher Verletzung von Beteiligungsrechten nicht - sofort - vollzogen werden, wenn durch den Vollzug dem rechtlich möglichen Ergebnis eines ordnungsmäßigen Beteiligungsverfahrens nur unter unverhältnismäßig hohem Aufwand des Unternehmens entsprochen werden könnte" ⁴⁾.

Auch in anderen Beschlüssen ⁵⁾ hat das BVerfG ausdrücklich klargestellt, daß bei Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Tatbestandsmerkmalen die Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens (bzw. dessen Existenz überhaupt) eine entscheidende Rolle spielt für die Bejahung der Frage, ob dem Bestimmtheitsgrundsatz Genüge getan ist ⁶⁾.

Die verfahrensrechtliche Bindung der Behörden und im Zusammenhang damit der nachfolgende gerichtliche Rechtsschutz ⁷⁾ lassen somit dem Gesetzgeber bei der Normfassung einen

1) Vgl. BVerfGE 53, 30, S.31,65(Ls.6 u. S. 65 m.w.Nachw.).

2) Vgl. BVerfGE 53, 30, S.57 f. m.w.Nachw.

3) BVerfGE 53, 30 S. 60 f.

4) VG Regensburg, UPR 1985/11-12, S.432 Ls.3.

5) BVerfGE 44, 105 zu § 150 BRAO; BVerfGE 41, 251 zum Ausschuß eines Kollegiaten vom zweiten Bildungsweg;

6) Vgl. BVerfGE 44, 105 mit Hinw.auf BVerfGE 41, 251 S.265; BVerfGE 41, 251 mit Hinw. auf BVerfGE 33, 303 S.341.

7) Vgl. BVerfGE 49, 169 S.183.

relativ großen Spielraum.

b) BVerwG

Auch das BVerwG liegt ¹⁾ auf der Linie der Rechtsprechung des BVerfG, wenn es die Ausgleichsfunktion der (atomrechtlichen) Verfahrensbeteiligung betont: Zwar können die Gerichte lediglich die behördliche Entscheidung - und diese nur auf ihre Rechtmäßigkeit hin - überprüfen, die zugrundeliegende Sachverhaltsbewertung kann ein potentiell Betroffener jedoch im Verfahren selbst beeinflussen.

c) Ergebnis

Es ist also festzuhalten, daß durch die Vorschaltung eines Verwaltungsverfahrens vor die Entscheidung die Anforderungen an die Bestimmtheit des Gesetzes herabgesetzt werden. Grund dafür ist die Bindung der Verwaltung an die Rechtsordnung und damit an die Grundrechte der Betroffenen, und die Ergänzung dieses vorgelagerten Rechtsschutzes durch die gerichtliche Überprüfung.

VI. Zusammenfassung

1. Höchst- und Mindestanforderungen

Die höchsten Anforderungen an die Bestimmtheit von Gesetzen stellt Art.103 Abs.2 GG.

Gesetze sind jedenfalls dann wegen mangelnder Bestimmtheit verfassungswidrig, wenn die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe gleichzeitig einen Verstoß gegen die Grundsätze der Gewaltenteilung

der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

1) im Beschl. v. 28.5.65, UPR 1985/11-12, S.427.

der Normklarheit und Justitiabilität
oder gegen Art.19 Abs.4 GG
darstellen.

2. Einflußfaktoren

Zwischen diesen Extremen können die Anforderungen variieren je nach

- der Intensität des durch die Norm ermöglichten Eingriffs
- Rechtsgebiet und zu regelnder Materie
- dem angesprochenen Adressatenkreis.

Weiter spielt eine Rolle, ob

- das Gesetz einen unmittelbaren Befehl enthält oder mittels Verwaltungsakt umgesetzt wird
- der Behörde ein Ermessen eingeräumt wird oder ob
- ein Verwaltungsverfahren der Entscheidung vorangeht.

3. Beispiel: Schneller-Brüter-Beschluß des BVerfG

Einen guten Überblick gibt der Beschluß des BVerfG vom 8.8.1978 (Schneller Brüter) ¹⁾.

Bezüglich des AtG prüfte der Senat folgende Punkte:

- Wurden die wesentlichen und grundlegenden Entscheidungen und Fragen vom Gesetzgeber geregelt?
- Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes
- geringere Anforderungen bei vielgestaltigen Sachverhalten oder der Möglichkeit rascher Änderungen
- lange Tradition von Gesetzgebung, Verwaltungshandhabung und Rechtsprechung
- Gestaltungsspielraum und Praktikabilitätsinteresse des Gesetzgebers
- Ausgleichung des Regelungsdefizits durch Behörden und Gerichte
- Die offene Fassung des § 7 Abs.2 Nr.3 AtG hilft, den Schutzzweck des § 1 Nr.2 AtG zu verwirklichen
- Die Exekutive hat alle Erkenntnisse heranzuziehen und willkürfrei zu verfahren

1) BVerfGE 49, 89.

- Ein gewisses Maß an Unbestimmtheit verbleibt angesichts der "Natur des menschlichen Erfahrungswissens".

D. Bestimmtheit der Preismißbrauchsvorschriften des GWB
- Prüfung der Bestimmtheitsanforderungen und der Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe im Bereich der kartellrechtlichen Preismißbrauchsaufsicht -

I. Charakterisierung der Normen

Die gesetzlichen Grundlagen der kartellrechtlichen Preismißbrauchsaufsicht sind in

§ 22 Abs.4, 5 GWB,

§ 26 Abs.2, 3 i.V.m. § 37a Abs.2 GWB und

§ 37a Abs.3 GWB

normiert. Unter Preismißbrauchsaufsicht im hier verwendeten Sinne fallen aufgrund dieser Vorschriften alle kartellrechtlichen Maßnahmen der Kartellbehörden.

Um Feststellungen zur Bestimmtheit von Gesetzen treffen zu können, muß deren Struktur analysiert werden. Insbesondere müssen Gesetzeszweck, Eingriffsvoraussetzungen, Sanktionscharakter und Rechtsfolgen von Verstößen einer genauen Betrachtung unterzogen werden, da die Bestimmtheitsanforderungen danach variieren können.

1. § 22 Abs.4 i.V.m. Abs.5 GWB

§ 22 Abs.4 GWB ist das allgemeine Mißbrauchsverbot; Schutzzweck der Norm ist die Sicherung der Wettbewerbsfreiheit als Institution gegen den Mißbrauch der Marktmacht durch marktbeherrschende Unternehmen auf dem Inlandsmarkt ¹⁾.

Daraus folgt, daß durch § 22 Abs.4, 5 GWB Individualinteressen allenfalls mittelbar geschützt werden; deren unmittelbaren Schutz hat § 22 Abs.4, 5 GWB jedenfalls nicht

1) Vgl. BGH, NJW 74, 901 S.902 - Rheinelektra.

zur Zielsetzung.

Die Vorschrift enthält kein direktes Ge- oder Verbot. Demzufolge kann sich derjenige, der vom mißbräuchlichen Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens betroffen wird, auch nicht auf diese Vorschrift berufen. Sie stellt also kein Schutzgesetz im Sinne des § 35 GWB dar ¹⁾.

§ 22 Abs.4 S.1 i.V.m. Abs.5 GWB ermächtigt die Kartellbehörde vielmehr nur dazu, marktbeherrschenden Unternehmen mißbräuchliches Verhalten im Sinne des § 22 Abs.4 GWB zu untersagen, ermöglicht also nur ein Einschreiten der Kartellbehörde. Diese kann ein Amtsverfahren nach dem Opportunitätsprinzip einleiten; Betroffene haben hierbei kein Antragsrecht ²⁾: Der Kartellbehörde wird vielmehr von § 22 Abs.5 S.1 - selbst wenn die Voraussetzungen des Abs.4 gegeben sind - ein Entschließungsermessen eingeräumt; sie muß dabei der Abmahnungspflicht des § 22 Abs.5 S.2 GWB genügen. Vor Erlaß einer Untersagungsverfügung hat die Kartellbehörde somit ein justizförmig ausgestaltetes Verfahren durchzuführen, das in §§ 51 ff. GWB geregelt ist. In diesem Zusammenhang ist auf § 53 Abs.3 GWB hinzuweisen, der als Regelfall die Entscheidung der Kartellbehörde aufgrund mündlicher Verhandlung vorsieht; von der Öffentlichkeit des Verfahrens kann nur mit Einverständnis oder auf Antrag abgewichen werden, hierdurch sollen die Betroffenen durch die Einräumung von wesentlichen Verfahrensrechten geschützt werden.

Die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 Abs.4, 5 GWB kann sich nur gegen konkrete Maßnahmen und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen richten; zu einer längeren oder gar

1) Vgl. z.B. v. Gamm, Kartellrecht, Kommentar zum GWB, § 22, Anm.5, Köln, Berlin, Bonn, München 1979.

2) Vgl. v. Gamm, aaO., § 22, Anm.26.

laufenden Verhaltenskontrolle - auch hinsichtlich der Preisgestaltung - ist die Kartellbehörde nicht berechtigt ¹⁾.

2. § 26 GWB

a) Spezielles Behinderungsverbot

Das spezielle Behinderungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen des § 26 GWB ergänzt das allgemeine Mißbrauchsverbot des § 22 Abs.4 GWB. Von besonderer Bedeutung ist hier das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 und 3, das bereits Bestandteil der ursprünglichen Gesetzesfassung war und durch die 2. und 4.Kartellnovelle noch wesentlich erweitert wurde ²⁾.

§ 26 Abs.2 S.1 GWB verbietet marktbeherrschenden Unternehmen, Kartellen und Preisbindern jede unbillige Behinderung wie auch sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung anderer Unternehmen im Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist. Durch § 26 Abs.2 S.2 GWB wird der Adressatenkreis des Diskriminierungsverbotes erweitert: Er umfaßt danach auch alle anderen Unternehmen, zu denen bestimmte Anbieter oder Nachfrager in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen.

§ 26 Abs.2 S.3 enthält schließlich eine Abhängigkeitsvermutung, die jedoch nur für das objektive Untersuchungsverfahren des § 37a Abs.2 GWB Geltung hat, nicht aber im Bußgeldverfahren oder Zivilprozeß ³⁾.

§ 26 Abs.3 GWB verbietet marktbeherrschenden Unternehmen, Kartellen und marktstarken Unternehmen i.S.d. § 26 Abs.2 S. 2 GWB die passive oder mittelbare Diskriminierung.

1) Vgl. BReg.Stellungnahme, BT-Drucks.8/702, S.14; v. Gamm, aaO., § 22, Anm.27.

2) Vgl. Emmerich, Kartellrecht, aaO., S.196.

3) Vgl. BReg.Begründung 1978, Ziff.I 3, BT-Drucks.8/2136.

Zweck des Diskriminierungsverbotes ist die Aufrechterhaltung des Leistungswettbewerbes durch den Schutz der diskriminierten Unternehmen in der Gleichheit ihrer Marktchancen ¹⁾.

b) Funktion: Schutznorm

§ 26 ist eine Verbotsnorm. Demzufolge sind die dort geregelten Tatbestände durch das Gesetz selbst verboten, ein Einschreiten der Kartellbehörde ist nicht erforderlich. In der Praxis hat das Diskriminierungsverbot als Schutzgesetz i.S.d. § 35 Abs.2 GWB große Bedeutung erlangt, "und zwar zugunsten der marktschwächeren Konkurrenten des Verbotsadressaten" ²⁾; dies hat zur Folge, daß sich jeder Betroffene gegen die Diskriminierung vor den ordentlichen Gerichten zur Wehr setzen kann, indem er Schadensersatz und (oder) Unterlassung fordert.

c) Sanktionen

Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot ziehen folgende Sanktionen nach sich:

Der Verstoß gegen § 26 Abs.2, 3 GWB ist eine Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs.1 Nr.8 GWB, da diese Vorschrift ein unmittelbar geltendes Verbot enthält.

Für die Praxis von überragender Bedeutung sind aber die zivilrechtlichen Sanktionen, die ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach sich zieht. In diesem Zusammenhang sei noch darauf hingewiesen, daß das Diskriminierungsverbot ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB darstellt, so daß Verträge mit diskriminierendem Inhalt nichtig sind.

1) Vgl. v.Gamm, aaO., § 26, Anm.2; s.a. BGHZ 36, 91 S.100 - Gummistrümpfe; BGHZ 49, 90 S.98 - Jägermeister.

2) Langen/Niederleithinger, GWB, § 26, Anm.230, 6.Aufl., Neuwied 1982.

Ein Verstoß gegen § 26 Abs.2, 3 GWB zieht daneben u.U. aber auch behördliche Sanktionen nach sich: Die zuständigen Kartellbehörden können zusätzlich das mit der 2.Kartellnovelle 1973 eingefügte Untersagungsverfahren gemäß § 37a Abs.2 GWB durchführen ¹⁾. Damit kann dem Adressaten im objektiven Verfahren verboten werden, die diskriminierenden Maßnahmen weiterhin vorzunehmen. Ein Rechtsanspruch betroffener Unternehmen auf Einschreiten der Kartellbehörde gemäß § 37a Abs.2 GWB besteht jedoch nicht ²⁾.

3. § 37a Abs.3 GWB

a) Horizontales Behinderungsverbot

Das horizontale Behinderungsverbot des § 37a Abs.3 GWB wurde durch die 4.Kartellgesetznovelle 1980 ins GWB eingeführt. Es "zielt darauf ab, die 'Schutzlücke' zwischen dem absoluten Marktbeherrschungsbegriff des § 22 Abs.4 und dem auf das Vertikalverhältnis abstellenden des § 26 Abs.2 S.2 zu schließen. Um unbilligen Behinderungen kleiner und mittlerer Unternehmen durch deutlich potentere Wettbewerber wirksamer begegnen zu können, läßt § 37a Abs.3 GWB eine auf der Horizontalebene bestehende, nur relative Marktmacht genügen. Um zu verhindern, daß sich § 37a Abs.3 GWB durch die Senkung der Marktschwelle zu einer reinen Individualschutzregelung verengt, sind die Anforderungen an die Marktauswirkungen hoch angesetzt worden: Sie muß geeignet sein, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen" ³⁾.

§ 37a Abs.3 GWB hat - im Gegensatz zu den Abs.1 und 2 - eigenständige materielle Bedeutung. Seine systematische

1) Vgl. z.B. Möschel in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, § 22, Anm.199, München 1981.

2) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 26, Anm.222.

3) BKartA, Tätigkeitsbericht 1979/80, BT-Drucks.9/565, S.29.

Stellung ist jedoch verfehlt: Als materielles Mißbrauchsverbot ergänzt er die §§ 22 Abs.4, 5 und 26 Abs.2, 3 GWB. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist der Schutz des Leistungswettbewerbes.

b) Funktion: Ermächtigungsnorm

§ 37a Abs.3 GWB enthält nur eine Ermächtigung der Kartellbehörden, ein Untersagungsverfahren gegen solche Unternehmen durchzuführen, die den Tatbestand des Abs.3 erfüllt haben. Das Gesetz räumt den Behörden dabei Entschließungsermessen ein.

Bei jedem Anwendungsfall muß also das justizförmig ausgestaltete Untersagungsverfahren gemäß §§ 51 ff. GWB von der Verwaltungsbehörde durchgeführt werden, das entweder eingestellt wird oder mit dem Erlaß eines Verwaltungsaktes - der Untersagungsverfügung - endet. Erst wenn der Adressat gegen eine solche rechtskräftige Verfügung zuwiderhandelt, begeht er eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 38 Abs.1 Ziff.4 GWB.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend sollen hier nochmals die Handlungsmöglichkeiten der Kartellbehörde aufgrund der Preismißbrauchsvorschriften dargestellt werden:

a) Unmittelbare Verbote - Untersagungsverfahren

Untersagungsverfahren können nach § 22 Abs.5 i.V.m. 4, § 26 Abs.2, 3 i.V.m. § 37a Abs.2 und § 37a Abs.3 GWB eingeleitet werden, die - wenn die Eingriffsvoraussetzungen gegeben sind - mit einer Untersagungsverfügung gemäß § 57 GWB, also einem Verwaltungsakt, enden. Da sowohl

§ 22 Abs.4 als auch § 37a Abs.3 GWB kein unmittelbar wirkendes gesetzliches Verbot enthalten, hat eine auf dieser Grundlage ergehende Untersagungsverfügung der Kartellbehörde konstitutive Wirkung, stellt also einen rechtsgestaltenden Eingriff dar ¹⁾.

Anderes gilt für § 26 Abs.2, 3 i.V.m. § 37a Abs.2 GWB, da hier unmittelbar geltende gesetzliche Verbote enthalten sind, die bei Verschulden auch eine Ordnungswidrigkeit darstellen. Der Nachweis des Verschuldens war mit einem zumutbaren Aufwand meist nicht zu führen, deshalb wurde mit der 2.Novelle 1973 mit der Einfügung des objektiven Verwaltungsverfahrens gemäß § 37a Abs.2 GWB der Kartellbehörde ein Instrument zu schnelleren und schlagkräftigeren Durchsetzung des GWB ²⁾ in die Hand gegeben, da das objektive Verfahren nach §§ 51 ff. GWB ohne Rücksicht auf Verschulden durchgeführt werden kann ³⁾. Eine Untersagungsverfügung nach § 26 Abs.2, 3 i.V.m. § 37a Abs.2 GWB hat demnach keine rechtsgestaltende Wirkung, "weil sich ... die Unzulässigkeit des beanstandeten Verhaltens bereits unmittelbar aus dem Gesetz ergibt" ⁴⁾. Eine solche Verfügung zeigt auch keine Sperrwirkung: Ein Übergang zum Bußgeldverfahren - und umgekehrt - steht im Ermessen der Behörde und ist jederzeit möglich; auch auf zivilrechtliche Verfahren hat sie keinerlei Einfluß ⁵⁾.

b) Regeln für Untersagungsverfahren

Für alle Untersagungsverfahren gilt jedoch:

-
- 1) Vgl. z.B. Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.156.
 - 2) Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 1974, BT-Drucks.7/3791, S.94.
 - 3) Vgl. z.B. Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, aaO., § 37a, Anm.4; s.a. Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.19.
 - 4) Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, aaO., § 37a, Anm.12.
 - 5) Vgl. Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, aaO., § 37a, Anm.13 f.

- Bei der Frage, ob die Kartellbehörde ein Verfahren einleiten will, gilt das Opportunitätsprinzip, d.h., das Gesetz hat der Kartellbehörde hierbei ein Entschließungs-
ermessen eingeräumt.
- Untersuchungsverfügungen können sich nur gegen bestimmte, gesetzlich benannte Verhaltensweisen der Adressaten richten¹⁾; diese muß die Kartellbehörde auch genau bezeichnen²⁾, eine Ermächtigung zur laufenden und allgemeinen Verhaltenskontrolle besteht in keinem Falle³⁾.
- Voraussetzung für die Aufnahme des Verfahrens ist nach dem Gesetzeswortlaut, daß das mißbräuchliche Verhalten bereits begonnen hat⁴⁾. "Indessen kann man von den Kartellbehörden schwerlich verlangen, daß sie im Falle drohender Gesetzesverletzungen zunächst abwarten, um dann erst nach der begangenen Verletzung aufgrund des § 37a zu intervenieren. Deshalb muß man bei sinngemäßer Auslegung des § 37a davon ausgehen, daß es als Voraussetzung für ein Eingreifen der Kartellbehörden stets genügt, wenn nur objektiv die ernste Besorgnis einer drohenden Gesetzesverletzung besteht"⁵⁾. Auch für das Verfahren nach § 22 Abs.5, 4 GWB gilt nichts Anderes⁶⁾.
- In allen Fällen kann ein bestimmtes Verhalten nur für die Zukunft untersagt werden. Zulässig sind also nur Verbote; mit welchen Maßnahmen der Adressat der Untersuchungsverfügungen das beanstandete Verhalten abstellt, muß die Kartellbehörde ihm überlassen; im Bereich der Preismißbrauchsaufsicht ist die Behörde nur dazu ermächtigt, Verbote auszusprechen, niemals jedoch ein positives Tun zu gebieten⁷⁾.

II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Preiskontrolle als Maßnahme der Wirtschaftsaufsicht

Aufgrund der gesetzlichen Ermächtigungen der §§ 22 Abs.4, 5, 26 Abs.2, 3 i.V.m. 37a Abs.2 und 37 Abs.3 GWB können die Kartellbehörden grundsätzlich auch gegen den mißbräuch-

-
- 1) Vgl. z.B. BGHZ 67, 104 S.107 ff.; WuW/E BGH 1345 - Polyestergrundstoffe; Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, aaO., § 37a, Anm.20.
 - 2) Vgl. z.B. Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.18 i.V.m. 6.
 - 3) hM; vgl. v.Gamm, aaO., § 22, Anm.27.
 - 4) Vgl. z.B. Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, aaO., § 37a, Anm.7; Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.156.
 - 5) Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, aaO., § 37a, Anm.7; vgl. auch Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.3 f. mit WuW/E BGH 1474 S.1480 - Architektenkammer = WRP 77, 480.
 - 6) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.156.
 - 7) Vgl. Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, aaO., § 37a, Anm.5a, 18.

lichen Einsatz anderer als den Aktionsparameter Preis vor-
gehen.

Im Bereich der Preismißbrauchsaufsicht ¹⁾ besteht jedoch eine besondere Verfassungssensibilität: Hier ergehen kartellbehördliche Untersagungsverfügungen, die als belastende Verwaltungsakte einer ausreichenden gesetzlichen Ermächtigung bedürfen, welche wiederum rechtsstaatlichen Anforderungen genügen muß bzw. nicht in unzulässiger Weise in grundrechtlich geschützte Bereiche der Betroffenen eingreifen darf.

Grundrechte der Normadressaten dürfen also nur im Rahmen verfassungsrechtlicher Eingriffsvorbehalte beeinträchtigt werden ²⁾. Die "kartellbehördliche Preiskontrolle kann verfassungsrechtlich (insbesondere aus rechtsstaatlichen Gründen) nur dann Bestand haben, wenn sie sich in die systemstruktur- und ermächtigungskonforme Rechts- bzw. Kartellaufsicht einfügt. Die Kartellaufsicht ist nach dem GWB als spezifische Rechtmäßigkeitskontrolle, dem System der defensiven Wirtschaftsaufsicht gemäß, angelegt; Funktionen ordnungspolitisch offensiver Wirtschaftslenkung kennt das GWB - abgesehen von den Ausnahmetatbeständen des ministeriell genehmigten Sonderkartells gemäß § 8 Abs.2 und der ministeriell genehmigten Fusion gemäß § 24 Abs.3 - prinzipiell nicht" ³⁾.

1) Vgl. allg. zur Preismißbrauchsaufsicht: Hennig, Die Mißbrauchsüberwachung im GWB in: NJW 68, 573 ff.; Reich, Mißbrauch der Mißbrauchsaufsicht durch Preiskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen? in: ZRP 75, 159; Börner, Grenzen kartellbehördlicher Preiskontrollen gegenüber Marktbeherrschern in: BayVBl 77, 364; Rupp, Grundgesetz und "Wirtschaftsverfassung", Tübingen 1974, S.1-46; Dörinkel, Die neuen Bestimmungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in: NJW 65, 2321 (insbes. S.2325 f.).

2) Vgl. Ipsen, aaO., S.44.

3) Scholz, Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfragen in: ZHR 141 (1977), 520 S.523 f.; vgl. dazu auch bes. Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972, S.73 ff.; Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, Berlin 1971, S.16 ff.

Kartellrechtliche Preiskontrollmaßnahmen wären demnach von vornherein mangels gesetzlicher Grundlage verfassungswidrig, wenn sie sich als Maßnahmen der Wirtschaftslenkung erwiesen, da sie dann vom GWB nicht gedeckt wären. Auf die von der Verfassung geforderte Bestimmtheit der Einzelvorschriften käme es dann nicht mehr an. Stellen sie sich aber lediglich als Maßnahmen im Bereich der Wirtschaftsaufsicht dar, so muß weiterhin nach der hinreichenden Bestimmtheit der einzelnen Eingriffsermächtigungen gefragt werden ¹⁾.

Dies zu überprüfen ist Aufgabe dieses Abschnitts.

1. Wirtschaftsfreiheit und ihre Grenzen

Auszugehen ist von den verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantien, also den Grundsätzen der allgemeinen Handlungsfreiheit, der Berufsfreiheit, der Wirtschaftsfreiheit ²⁾ und dem Eigentumsschutz, gewährleistet durch Art.2 Abs.1, 12 und 14 GG ³⁾. Sie können allerdings durch Gesetze - hier das GWB - punktuell eingeschränkt werden; das GWB enthält allerdings kein generelles Monopolisierungsverbot ⁴⁾. Auch der Aufbau wirtschaftlicher Macht ist weder verboten, noch eingeschränkt - sieht man von § 24 Abs.1 GWB ab. Ebenso ist die Entflechtung bestehender marktbeherrschender

1) Vgl. dazu grundlegend Ipsen, Preiskontrolle als Verfassungsfrage; zur umfangreichen Anschlußdiskussion beispielsweise Scholz, Preiskontrolle, aaO.; Rupp, Die kartellrechtliche Preiskontrolle in verfassungsrechtlicher Sicht in: NJW 76, 2001 ff.

2) Vgl. dazu z.B. Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, Stuttgart 1971, S.38-61.

3) Vgl. z.B. Vorderwülbecke, Mißbrauchsaufsicht über Pharmaunternehmen - Zur Preiskontrolle des Bundeskartellamtes auf dem Arzneimittelmarkt, Berlin 1979, S.178-188; vgl. zur Preisfreiheit Münzinger, Mißbräuchliche Preise, Preisbildungssysteme und Preisstrukturen nach § 22 GWB, Köln 1977, S.9-51.

4) Im Gegensatz z.B. sec.2 Sherman Act.

Unternehmen nirgends vorgesehen. Das GWB will lediglich einer weiteren Konzentration und Vermachtung sowie dem mißbräuchlichen Einsatz bereits bestehender Marktmacht entgegenwirken ¹⁾, letzteres u.a. durch kartellbehördliche Preismißbrauchsaufsicht.

2. Mißbrauch

Oggleich Aufbau und Ausübung wirtschaftlicher Macht grundsätzlich erlaubt sind, und das Streben danach durchaus des Schutzes durch Verfassung und Gesetze gewiß sein darf, kann "aus öffentlicher Sicht ... die Ausübung wirtschaftlicher Macht in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen Ordnung möglich sein ... Um diesen Anliegen systemkonform gerecht werden zu können, muß das Spannungsverhältnis zwischen dem legitimen Streben nach wirtschaftlicher Macht und deren Ausübung, die als mißbräuchlich angesehen wird, feststellbar und abgrenzbar sein. Vor diesem Problem steht ein Mißbrauchsgesetz, das Wettbewerbsbeschränkungen durch Marktmacht grundsätzlich unangetastet läßt, ihren Mißbrauch im Einzelfall jedoch verfolgt" ²⁾. Das Gesetz muß daher der kartellbehördlichen Preiskontrolle Instrumente zur Verfügung stellen, die es ihr ermöglichen, durch wirtschaftliche Macht gewonnene Marktergebnisse zu beurteilen, zu kontrollieren und - wenn nötig - ihnen entgegenzuwirken, die aber auch dem Spannungsverhältnis zwischen erlaubter Machtausübung und verbotenem Machtmißbrauch Rechnung tragen ³⁾.

a) Institutsmißbrauch ⁴⁾

Auf der Suche nach der Grenze zwischen legitimem Machtgebrauch und illegitimem Machtmißbrauch bietet sich als Ab-

1) Vgl. Emmerich, Kartellrecht, aaO., S.26.

2) Witkowski, aaO., S.7.

3) Vgl. Witkowski, aaO., S.7.

4) = Mißbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten bzw. wirtschaftlicher Macht; vgl. dazu Witkowski, aaO., S.13.

grenzungskriterium zunächst der Institutsmißbrauch an:

Auszugehen ist dabei von der These Ludwig Raisers, "daß unser Privatrecht nicht nur an einem, sondern an zwei Systemgedanken orientiert ist: An dem Ausbau und dem Schutz des Wirkungsbereiches der Einzelperson durch die Zuteilung subjektiver Rechte und an der Entfaltung und Sicherung der unser gesellschaftliches Leben durchziehenden Institutionen durch die Ausbildung entsprechender Rechtsinstitute kraft objektiven Rechts" ¹⁾. Raiser verdeutlicht diese Zusammenhänge am Beispiel des Eigentums. Es ist einerseits ein subjektives Recht, das den einzelnen Rechtssubjekten zusteht, aus der Sicht der Rechtsordnung ist das Eigentum ein "zu den Fundamenten des Privatrechts und des Verfassungsrechts gehörendes Rechtsinstitut" ²⁾.

Ähnlich verhält es sich mit "dem Wettbewerb": Er ist einerseits in der Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit als subjektives Recht der Wirtschaftssubjekte, andererseits aber als Rechtsinstitut Voraussetzung für die wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten des einzelnen. Der Schutz des Rechtsinstitutes resultiert bei näherer Betrachtung aus der Bestimmung der Grenzen subjektiver Rechte ³⁾. Aus diesem Spannungsverhältnis kann sich ein Maßstab dafür ergeben, wo zulässiger Machtgebrauch in Mißbrauch umschlägt, wo also die Ausübung eines Rechtes mit dem Zweck des Rechtsinstitutes, zu dem es funktionell gehört, nicht mehr zu vereinbaren ist ⁴⁾.

1) Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht in: *Summum Ius, Summa Iniuria*, Tübingen 1963, S.145 ff. (148).

2) Raiser, Rechtsschutz, aaO., S.149.

3) Vgl. Raiser, Rechtsschutz, aaO., S.149.

4) Vgl. Raiser, Rechtsschutz, aaO., S.151.

Institutsschutz kann aber nur dann zur Geltung kommen, wenn das Schutzobjekt exakt festgelegt ist. Eine genaue Definition der Zwecke des (objektiven) Rechtsinstitutes Wettbewerb besteht jedoch nicht - zumindest keinerlei Einigkeit darüber ¹⁾. Aus diesem Grunde ist auch die Formel "Institutsmißbrauch" als Maßstab für die Grenzziehung zwischen Machtgebrauch und -mißbrauch nicht brauchbar ²⁾.

b) Normzweck der Mißbrauchsvorschriften

Der Abgrenzung Mißbrauch-Gebrauch dient auch die Feststellung, welche Ziele der Gesetzgeber mit dem Wettbewerb verfolgen will. Doch auch die Herausarbeitung einer solchen Ziel-Mittel-Relation kann noch keine Lösung bringen, da ihr nur begrenzte Aussagekraft zukommt: Sucht man nämlich nach einem grundsätzlichen Ordnungsbild des GWB, so "kann dies letztlich nur zu einem intersubjektiv nicht überprüfbaren Katalog der Schutzzwecke des GWB führen. Das jeweilige wettbewerbstheoretische "Vorverständnis" verhindert - auch bei Anwendung anerkannter Auslegungsprinzipien - daß die Exegese mehr als einen ersten Hinweis auf den Zweck des objektiven Rechtsinstitutswettbewerbs liefert " ³⁾.

aa) Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Betrachtungsweise

Bei der Suche nach dem Schutzzweck des GWB stehen sich von vornherein zwei grundsätzlich verschiedene Positionen gegenüber: Die zivilistische und öffentlich-rechtliche ⁴⁾.

1) Vgl. dazu z.B. die Übersicht bei Schmidbauer, Allokation, technischer Fortschritt und Wettbewerbspolitik, Tübingen 1974, S.18 ff.

2) Vgl. Witkowski, aaO., S.13.

3) Witkowski, aaO., S.13 f.

4) Baur, aaO., S.54.

Beide unterscheiden sich im wettbewerbstheoretischen Ansatz: Während von zivilrechtlicher Seite ¹⁾ der Schwerpunkt des Aufsichtszweckes der Preismißbrauchsvorschriften auf den Schutz subjektiver Rechte gelegt wird, auf die "Prädominanz der gesellschaftspolitischen freiheits-sichernden Zielvorstellung" ²⁾, wird von öffentlich-rechtlicher Seite ³⁾ besonders auf die gesamtwirtschaftlichen ökonomischen Belange eingegangen ⁴⁾:

Zwar schließen sich diese gegensätzlichen Positionen nicht von vornherein aus, jedoch räumen sie sich gegenseitig lediglich noch einen "reflektorischen Schutz" ⁵⁾ ein, und gelangen zwangsläufig zu einer gegensätzlichen Beurteilung kartellbehördlicher Preismißbrauchsmaßnahmen: Während die Vertreter des Individualschutzes annehmen, sie sei maßstabsfrei ⁶⁾, gehen die Befürworter des Institutionenschutzes davon aus, daß Preiskontrollmaßnahmen maßstabsgebunden sind.

Hier stellt sich allerdings die Frage, ob es zur Problemlösung beiträgt, diesen Streit auszutragen. Vielmehr erscheint die Aussage von Mestmäcker sehr hilfreich, aus diesem objektiv nicht lösbaren Gegensatz herauszukommen: "Der Streit über den Schutzzweck des GWB, ob Individual-

-
- 1) Vgl. z.B. Mestmäcker, Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht in: DB 68, 787; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S.134 ff., 311 ff., Bad Homburg, Berlin, Zürich 1969; Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit in: Festschrift 100 Jahre Deutscher Juristentag, Bd.1, S.101 ff., 132 f., 1960; ders., Rechtsschutz, aaO., S.145 ff., 161 f.; Möschel, Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S.152, Tübingen 1974; ders., Das Wirtschaftsrecht der Banken, S.337 ff. m.w.Nachw., Frankfurt 1972.
 - 2) Möschel, Wirtschaftsrecht der Banken, aaO., S.362.
 - 3) Vgl. z.B. Bullinger, Staatsaufsicht in der Wirtschaft, VVdStRL, Heft 22 (1965), S.264 ff., 293 ff., 368 ff.; Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVdStRL, Heft 11 (1954); Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.1, S.64 f., 10.Aufl., München 1973.
 - 4) Vgl. auch Witkowski, aaO., S.14.
 - 5) Baur, aaO., S.58.
 - 6) Vgl. Witkowski, aaO., S.15.

schutz oder Institutionsschutz ... braucht uns nicht lange aufzuhalten. Er unterstellt als Gegensatz, was nur als Erscheinungsform des einen Problems recht verstanden werden kann" ¹⁾.

Aus diesem Grund wird für die vorliegende Definition auf beide Schutzzwecke abgestellt und daraus der Normzweck des GWB abgeleitet.

bb) Normzweck

Ziel ist die Erhaltung und Förderung des Wettbewerbs, und zwar wegen seiner individualschützenden und der institutionsschützenden Wirkung. Eine Rangfolge der Schutzgüter muß nur im Konfliktfall festgesetzt werden. Ist ein Schutzgut verletzt, kann der Mißbrauchstatbestand als erfüllt angesehen werden; hier setzt die Mißbrauchsaufsicht ein ²⁾. Eine solche Zweckdefinition entspricht auch inhaltlich der von Ingo Schmidt, die bisher von der kartellrechtlichen Praxis und Rechtsprechung in weitem Maße zugrundegelegt wurde ³⁾.

Hier kann auch offenbleiben, ob der Meinung von Sacker gefolgt werden soll, daß die "Verwirklichung und Sicherung der demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung und der auf der Prämisse der Machtgleichheit aller Privatrechtssubjekte basierenden Privatrechtsordnung ... im Konfliktfall grundsätzlich die Prädominanz des gesellschaftlichen Zielkomplexes

1) Mestmäcker, Das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht in: Der Betrieb 1968, 787 S.790.

2) Witkowski, aaO., S.16.

3) Vgl. Witkowski, aaO., S.15 mit Hinw. auf Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, S.39, Berlin 1973; weiter BKartA, Tätigkeitsbericht 1974, aaO., S.10 f.; ähnlich auch v.Gamm, aaO., Einführung Anm.8.

des GWB vor ökonomischen wachstumspolitischen Zielvorstellungen" ¹⁾ erfordert. Denn zunächst muß versucht werden, die im Konfliktfall erforderliche Bewertung zwischen Individualschutz und Institutionenschutz mit Hilfe der Wettbewerbstheorie vorzunehmen und somit objektive Kriterien für diese Aufgabe bereitzustellen. Verbleiben die Unsicherheiten und Beurteilungsspielräume haben dann Verwaltung und Rechtsprechung auszufüllen ²⁾. Dies ist auch keine Besonderheit, da es in komplexen Regelungsbereichen - wie gerade im Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsrecht - eine der wichtigsten Aufgaben von Verwaltung und Rechtsprechung ist, gesetzliche Regelungen, die Einzelheiten derart vielfältiger und sich schnell ändernder Lebenssachbereiche nicht detailliert, sondern nur mittels unbestimmten Rechtsbegriffen regeln können, den Entwicklungen in der Praxis anzupassen.

Keine der Preismißbrauchsvorschriften enthält eine Definition dessen, was als mißbräuchlich anzusehen ist. Lediglich § 22 Abs.4 GWB umschreibt sehr allgemein in Regelbeispielen, was als Mißbrauch angesehen werden kann. Somit hatte der Gesetzgeber bei der Konzeption des GWB und dessen Novellierungen des § 22 Abs.4 die Frage nach den Aufsichtszielen des Wettbewerbsrechts offengelassen. Der Mißbrauchsbegriff wurde als Generalklausel ausgestaltet und steht grundsätzlich beiden o.g. Zielkomplexen offen. Diese Ansicht vertritt auch der wissenschaftliche Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium, der die Funktion der Mißbrauchsaufsicht folgendermaßen festlegt: "Der Vielfalt der möglichen Mißbräuche kann nur durch eine

1) Säcker, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, Düsseldorf 1971, S.24; vgl. hierzu auch die Besprechung von Steindorff in: ZHR 136 (1972), S.82.

2) Vgl. z.B. Schmidt, aaO., S.46.

Generalklausel wirksam begegnet werden. Die in § 22 GWB genannten Verhaltensweisen sollen deshalb nur als Beispiel für den Mißbrauch aufgeführt werden. Die Maßstäbe, nach denen zu beurteilen ist, ob ein Verhalten mißbräuchlich ist, sind aus den Ordnungsprinzipien einer Wettbewerbsordnung abzuleiten" ¹⁾.

cc) Zusammenfassung

Die Erfüllung des Mißbrauchstatbestandes ist immer Eingriffsvoraussetzung für die Kartellbehörden. Der Mißbrauchsbegriff ist der zentrale Begriff in diesem Zusammenhang; er setzt voraus, daß durch das Handeln des Normadressaten einer oder beide Schutz- bzw. Aufsichtszwecke des GWB - nämlich Individualinteressen anderer Marktteilnehmer oder gesamtwirtschaftliche Interessen - verletzt wurde.

Preismißbrauchsaufsicht kann also nur gegen mißbräuchliches Verhalten im Einzelfall eingesetzt werden, niemals aber dafür, Unternehmen eine bestimmte Preispolitik vorzuschreiben oder zu einer bestimmten preispolitischen kaufmännischen Maßnahme zu veranlassen: Das Recht der Mißbrauchsaufsicht über Preise ist - wie die gesamte Mißbrauchsaufsicht des GWB - grundsätzlich nur als defensive Wirtschaftsaufsicht als Rechtsaufsicht konzipiert - und als solche vom Gesetz gedeckt - ²⁾, niemals aber Maßnahme der Wirtschaftslenkung.

3. Wirtschaftsaufsicht - Wirtschaftslenkung: Eine Auseinandersetzung mit Ipsen

Allein die Erkenntnis, daß Preismißbrauchsaufsicht Rechtsaufsicht und damit nur als Wirtschaftsaufsicht verfassungs-

1) BT-Drucks. IV/617, S. 96.

2) Vgl. z.B. Baur, aaO., S. 73 ff.; Bullinger, aaO., S. 264 ff.; ebenso Ipsen, aaO., S. 28.

mäßig ist, reicht indes nach Meinung Ipsens nicht aus ¹⁾. Da alle (gesetzlichen) Vorschriften der Preismißbrauchsaufsicht "globale Befugniszuweisungen" ²⁾ (z.B. "mißbräuchlich ausnutzen" in § 22 Abs.4 S.1 GWB, "unbillig behindern" in § 26 Abs.2 GWB und "unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert" in § 37a Abs.3 GWB) enthalten, stelle sich die Frage, ob die Verwendung derart unbestimmter Begriffe eine Unterscheidung zwischen wirtschaftsaufsichtlichen und wirtschaftslenkenden Maßnahmen verhindert ³⁾. Nach seiner und Möschels Meinung trete neben die "Verfassung mit ihrer absoluten Grenze für das rechtlich Machbare ... eine Prüfungsebene unter dem Aspekt funktionaler Zweckmäßigkeit, ob Konformität, Neutralität, Beeinträchtigung oder gar Zerstörung im Hinblick auf einen gesetzlichen allgemeineren Ordnungsrahmen gegeben ist" ⁴⁾. Für die Maßnahmen der Preismißbrauchskontrolle folgert Ipsen daraus, daß sich der Staat an die Stelle des Unternehmers setze, wenn dieser staatlichen Preisentscheidungen Folge leisten müsse, so etwas stelle sich nur dann als "systemgerechte" 'planrationale' Korrektur des Selbstkontrollmechanismus des Wettbewerbs" ⁵⁾ dar, wenn ein Wettbewerb in dem entsprechenden Bereich nicht stattfinde. Bei

1) aaO., S.32 ff.

2) Ipsen, aaO., S.28.

3) Vgl. Ipsen, aaO., S.28 ff. Auf den Streit um die Brauchbarkeit des Vergleichsmarktkonzeptes bzw. des Als-ob-Konzeptes kann hier nicht eingegangen werden; Ipsen, aaO., S.66 ff. erhebt vor allem Einwände gegen letzteres; dazu s.a. Scholz, Preiskontrolle, aaO., insbes. S.535 ff. Zum Als-ob-Konzept siehe z.B. Raisch, Zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe im Kartellrecht durch den Bundesgerichtshof am Beispiel der Preismißbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle in: Festschrift für Robert Fischer, 547, S.549 f., Berlin/New York 1979; Fikentscher, Als-Ob-Wettbewerb und Mißbrauchsbegriff unter besonderer Berücksichtigung kartellrechtlicher Fragen der Energiewirtschaft, Frankfurt 1971.

4) Möschel, Rechtsordnung zwischen Plan und Markt, Tübingen 1975, S.30.

5) Ipsen, aaO., S.32.

dieser Sachlage könne Systemgerechtigkeit jedoch nur unter zwei Voraussetzungen gewahrt bleiben:

a) Subsidiarität der Preiskontrolle

Preiskontrolle dürfe nur subsidiär stattfinden; alle staatlichen Befugnisse gegen Entstehung und Behauptung beherrschender Marktmacht müßten vorher ausgeschöpft werden.

b) Keine Globalsteuerung

Preiskontrolle darf nicht zur gesamtwirtschaftlichen Globalsteuerung eingesetzt werden; die unternehmerischen Entscheidungen über Preise - welche Preise gefordert bzw. geboten werden - darf gerade nicht durch Verwaltungsentscheidung verdrängt oder ersetzt werden ¹⁾.

Diese beiden Anforderungen sind aber durch die bestehende Gesetzeslage bereits hinlänglich abgesichert:

ad a) Auszugehen ist von der Entscheidung des Gesetzgebers, daß bei Schaffung des GWB bestehende Marktmachtpositionen akzeptiert werden sollten und eine Entflechtung gesetzlich auch nicht vorgesehen ist. Der Aufbau weiterer strukturverschlechternder Machtpositionen wird durch die Vorschriften des GWB zur Zusammenschlußkontrolle verhindert; daß dies nur unter bestimmten Voraussetzungen und nur dazu möglich ist, die Entstehung marktbeherrschender Unternehmen (s.z.B. § 24 GWB) zu verhindern, ist als grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen. Auch die §§ 22 Abs.4, 5 und § 26 Abs.2, 3 GWB ermächtigen nur zu kartellbehördlichen Preiskontrollmaßnahmen gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen. Daß darüber hinaus durch den 1980

1) Vgl. Ipsen, aaO., S.32 f.; s.a. Willeke, Marktbeherrschung und Mißbrauch von Marktmacht in: WuW 75, 533.

eingefügten § 37a Abs.3 GWB die Preismißbrauchskontrolle unter der zusätzlichen Voraussetzung der nachhaltigen Beeinträchtigung des Wettbewerbs eingeführt worden ist, ändert nichts an der grundsätzlichen Subsidiarität staatlicher Preiskontrollen: Obgleich der Aufbau und das Ausnutzen - absoluter oder relativer - Marktmacht grundsätzlich toleriert werden, so kann doch der Gesetzgeber bestimmen, daß Machtmißbrauch verhindert wird; es ist nicht einsichtig, warum er, um Mißbrauch zu vermeiden, in subjektive Rechte der Betroffenen in wesentlich höherem Maße dadurch eingreifen sollte, indem er zunächst z.B. Entflechtungsmaßnahmen durchführt und den Zusammenschluß auch dann verhindern soll, wenn dadurch nur relative Marktmacht entsteht.

ad b) Gesamtwirtschaftliche Zielsetzungen verfolgt der Staat neben der Deutschen Bundesbank primär mit den Mitteln der Fiskal- und Geldpolitik. Zudem erfolgt Globalsteuerung als staatliche Steuerung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung in einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung "nicht durch direkte Eingriffe in den Wirtschaftsablauf, sondern durch indirekte Beeinflussung der Kreislaufgrößen" ¹⁾. Die Steuerung einzelwirtschaftlicher Märkte geschieht durch einen (funktionsfähigen) Wettbewerb. Preisniveaustabilität wird nicht durch direkte staatliche Preiskontrollen erreicht - und in einem marktwirtschaftlichen System auch nicht angestrebt -, sondern in der Regel nur indirekt durch Beeinflussung von Angebot und Nachfrage. Deshalb können Preismißbrauchsmaßnahmen allenfalls einen sekundären, z.B. preisstabilisierenden, Effekt haben; tritt aber dieser grundsätzlich positiv zu bewertender Neben-effekt ein, so kann er für die Beurteilung der Zulässigkeit von Preisaufsichtsmaßnahmen keine Rolle spielen.

1) Friedrich, Globalsteuerung, Wettbewerbspolitik und Investitionslenkung, München 1978, S.25.

De lege lata ist also nicht zu erkennen, daß etwa aufgrund politischer Interessen die Preismißbrauchsaufsicht als Rechtsaufsicht dahingehend umfunktioniert werden könnte, daß sie als Mittel der Wirtschaftslenkung in unzulässiger Weise eingesetzt werden könnte ¹⁾. Solche Maßnahmen wären nicht mehr vom GWB gedeckt. Allerdings kann nicht bestritten werden, daß eine derartige Entwicklung de lege ferenda möglich sei; das Grundgesetz stünde einer solchen gesetzlichen Regelung jedenfalls nicht von vornherein entgegen, die zwar die Wirtschaftsfreiheit schützt, Beschränkungen jedoch zuläßt (vgl. z.B. Branntweinmonopolgesetz).

Festzuhalten bleibt also, daß das Recht der Mißbrauchsaufsicht vom Gesetz als defensive Wirtschaftsaufsicht konzipiert ist ²⁾.

4. Äußere Maßnahmequalität ³⁾ der Aufsichtsmaßnahmen

Auch die Untersuchung der Aufsichtsmaßnahmen unter dem Aspekt ihrer Außenwirkung bzw. äußeren Zielrichtung ergibt nichts anderes:

Der wissenschaftliche Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium charakterisierte die kartellbehördlichen Maßnahmen folgendermaßen:

"Die Mißbrauchsaufsicht kann und will dem marktbeherrschenden Unternehmen nicht ein bestimmtes Verhalten vorschreiben; sie beschränkt sich darauf, solche Verhaltensweisen zu untersagen, die ihm allein aufgrund seiner Marktmacht offenstehen, die einem einzelnen Unternehmen bei Vor-

1) So aber Ipsen, aaO., S.30 ff., 36 ff., 47 ff. und Immenga, Politische Instrumentalisierung des Kartellrechts?, Tübingen 1976, S.16 ff. (21).

2) Vgl. z.B. Witkowski, aaO., S.18; Baur, aaO., S.73 f.; Bullinger, aaO., S.264 ff.

3) Begriff verwendet Witkowski, aaO., S.19 ff.

herrschen von Wettbewerb unmöglich wären ... Die Mißbrauchsaufsicht richtet sich also gegen bestimmte, abgrenzbare Verhaltensweisen" ¹⁾.

Der Mißbrauchsaufsicht über Preise kann es nicht um generelle Steuerung von Unternehmensverhalten, sondern nur darum gehen, einem marktbeherrschenden (§§ 22 Abs.4, 5, 26 Abs.2, 3 GWB) oder marktmächtigen (§ 37a Abs.3 GWB) Unternehmen ein konkretes Verhalten im Einzelfall zu untersagen, das erst durch den mißbräuchlichen Einsatz von Marktmacht möglich wurde ²⁾.

Auch hier kann der Meinung Ipsens nicht gefolgt werden, der davon ausgeht, daß die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht über Preise zu einer Unternehmenskontrolle führen könne, bei der sich der Staat an die Stelle des Unternehmers setze ³⁾.

Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß der Gesetzesauftrag der Preismißbrauchsaufsicht neben dem Schutz des Instituts Wettbewerb auch dahin geht, Individualinteressen der schwächeren Marktteilnehmer zu schützen: Entsprechende Maßnahmen zu diesem Zweck können sich - wie bereits ausgeführt - nur gegen einzelne mißbräuchliche Maßnahmen richten; für eine dauernde Verhaltenskontrolle besteht insoweit kein Schutzbedürfnis, da Marktmacht als solche und auch marktmächtiges Verhalten von der Rechtsordnung grundsätzlich toleriert werden; das GWB bietet insoweit keine Eingriffsermächtigung. Weiterhin kommt es doch hier wesentlich auf den Tatbestand des Mißbrauchs an: Ist er gegeben, so kann derjenige, der durch Mißbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung den Wettbewerb auszuschalten oder zumindest zeitweise am Funktionieren zu hindern sucht,

1) BT-Drucks.IV/617, S.96.

2) Vgl. z.B. WuW/E OLG 1599 S.1609 "Vitamin B 12".

3) Vgl. Ipsen, aaO., S.16 ff., 36.

nicht den Schutz staatlicher Macht für sich in Anspruch nehmen; seine Interessen stehen dem Gesetzeszweck entgegen.

Es läßt sich also feststellen, daß auch die äußere Qualität der kartellbehördlichen Preismißbrauchsaufsichtsmaßnahmen zeigt, daß das GWB nicht zur Wirtschaftslenkung, sondern nur zur Wirtschaftsaufsicht ermächtigt. Daraus folgt, daß diese Maßnahmen strukturell rechtskonform sind.

III. Innere Maßnahmequalität ¹⁾ kartellbehördlicher Maßnahmen - hinreichende Bestimmtheit der Preisaufsichtsnormen des GWB

Von der äußeren Maßnahmequalität ist die innere Maßnahmequalität zu unterscheiden: Diese besagt, ob die Preiskontrolle in den Ermächtigungsgrundlagen des GWB eine inhaltlich hinreichende Basis (innere Maßnahmequalität) hat. Dies wäre z.B. auch dann nicht der Fall, wenn der Wortlaut der Normen so wenig konkret ist, daß er formal auch Maßnahmen der Wirtschaftslenkung deckt ²⁾.

Im folgenden soll also untersucht werden, ob die gesetzliche Grundlage der Preiskontrolle hinreichend bestimmt ist.

1. Die Schutzgüter als Anhaltspunkt

a) Wettbewerb und Wirtschaftsfreiheit

Da die wirtschaftliche Realität nicht statistisch erfaßbar ist, sondern nur als dynamischer Prozeß, ist es unmöglich, den Begriff Wettbewerb als Schutzgut der Wirtschaftsauf-

1) Begriff verwendet Witkowski, aaO., S.26 ff.

2) Zur Frage der Zulässigkeit von Generalklauseln in diesem Bereich s. z.B. Raisch, Methodische Bedenken gegen Generalklauseln im Kartellrecht am Beispiel der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen in: JZ 65, 625-631, die Erwiderung von Ingo Schmidt in: JZ 67, 247-250, sowie das Schlußwort von Raisch in: JZ 67, 404.

sicht genau zu umreißen. Vielmehr muß er sich an den dynamisch ablaufenden Wirtschaftsprozessen orientieren - er ist demnach als ökonomisch-soziologischer Funktionsbegriff weitgehend offen ¹⁾.

"Der Wettbewerb umschreibt in diesem Sinne einen bestimmten, tatsächlichen Prozeß der realen Existenz konkurrierender Verhaltensweise am Markt, der Koordination ökonomischer Einzelentscheidungen bzw. unternehmerischer Produktions-, Angebots- und Nachfragefaktoren auf der Grundlage eines prinzipiellen verkehrswirtschaftlichen Ordnungsmodells ²⁾." So verstanden kann Wettbewerb als soziologisch-ökonomischer Funktionsbegriff kein normativ geschlossenes, also tatbestandlich komplettes Schutzgut der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht sein ³⁾.

Schutzgut kartellbehördlicher Preismißbrauchsaufsicht ist nicht das Rechtsinstitut "Wettbewerb" schlechthin, als statisches Rechtsinstitut verstanden, sondern die rechtlichen Entstehens- und Funktionsbedingungen des Wettbewerbs wegen seiner positiven Auswirkungen. Wettbewerb ist dauernde Voraussetzung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Wirtschaftsfreiheit und gleichzeitig deren Garant. Juristisch steht demnach die Entfaltungs- und Handlungsfreiheit privater Wirtschaftssubjekte im Vordergrund. "Diese wird jedoch - und darin liegt das Spezifikum der Kartellaufsicht - in ihrer aktuell-wettbewerblichen Ausübungs- und Wirkungsform geschützt" ⁴⁾.

Die Wirtschaftsfreiheit privater Marktteilnehmer wird dadurch gesichert, daß Verhaltensweisen, die typischerweise geeignet sind, dieses Wettbewerbsverhalten zu gefährden -

1) Vgl. Witkowski, aaO., S.27.

2) Scholz, Preiskontrolle, aaO., S.532.

3) Vgl. Scholz, Preiskontrolle, aaO., S.532; vgl. auch Möschel, Wettbewerb im Schnittfeld von Rechtswissenschaft und Nationalökonomie in: Festschrift zum 500-jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät, 1977, S.333 ff.

4) Scholz, Preiskontrolle, aaO., S.532.

hier also machtbedingter Mißbrauch - untersagt werden. Die Aufsicht über mißbräuchliches Verhalten abschließend regeln zu wollen, wäre praktisch unmöglich, da die unzähligen Ausgestaltungen mißbräuchlichen Einsatzes von Marktmacht niemals auch nur annähernd abschließend oder beispielhaft aufzeigbar wären. Der Begriff der Marktbeherrschung oder Marktmacht kann allein aus dem Wirtschafts- und Wettbewerbsprozeß heraus verstanden werden. Die Begriffe "Marktbeherrschung" und "relative Marktmacht" können demnach nur mit Hilfe eines unbestimmten Rechtsbegriffes umschrieben werden. Dabei ist es aber auch sinnvoll - wenn nicht sogar im Sinne materieller Gerechtigkeit notwendig - den Kartellbehörden und Gerichten aufgrund ihrer Sachnähe einen Beurteilungsspielraum einzuräumen ¹⁾.

b) Schutzzgüter der kartellbehördlichen Maßnahmen

Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch, wenn man von den Schutzzwecken kartellbehördlicher Mißbrauchsaufsicht ausgeht. Hier sind drei erkennbar, nämlich

- Unterbindung des Ausbeutungsmißbrauchs,
- Unterbindung marktstrukturverändernder Konzentrationsmaßnahmen,
- Unterbindung des Behinderungsmißbrauchs.

Die kartellrechtlichen Ordnungsregeln für das Verhalten der Wirtschaftssubjekte dienen der Sicherung und Förderung dieser Schutzzwecke, sie können aber nur als Typus, nicht aber als Tatbestandsdefinition formuliert werden. So ist der Begriff der Marktbeherrschung - wie bereits gezeigt - nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich unbestimmt, er wird inhaltlich umfaßt vom außerjuristischen, ökonomisch-soziologischen Funktionsbegriff des Wettbewerbs. Der konkrete, rechtlich aber unbestimmte Begriff des Mißbrauchs

1) Vgl. Scholz, Preiskontrolle, aaO., S.533 f.

einer marktbeherrschenden (bzw. relativ marktmächtigen) Stellung vollzieht sich in der Entwicklung des Wettbewerbs¹⁾. Deshalb sind diese Tatbestände notwendigerweise in doppelter Hinsicht offen ausgestaltet; einer solchen Ausgestaltung kann aber "nur eine entwicklungsgesetzliche Form des Maßstabs gerecht werden, die zudem die Eingriffsermächtigung der Kartellbehörde ... mit einer Ermessenskompetenz, also einer Maßstabsbegründungs- bzw. Konkretisierungskompetenz ausstattet"²⁾.

Hieraus ist wiederum zu folgern, daß der Kontrollmaßstab für die Aufsichtsbehörde weder statisch noch geschlossen sein darf, da sonst die unzähligen praktischen Ausgestaltungen des Mißbrauchs im Einzelfall nicht erfaßbar wären; auch theoretisch können sie nicht vorausgesagt werden.

Die Feststellung, ob durch ein bestimmtes Verhalten eines Normadressaten einer der Schutzzwecke der Preismißbrauchskontrolle tatsächlich verletzt wurde, läßt sich nur ex tunc - also im Vollzuge der Kontrolle unter Ausfüllung und Konkretisierung der Ermächtigungsgrundlage vornehmen³⁾. Daß dies de lege lata nicht maßstabsfrei möglich ist, sondern nur unter Beachtung der Tatsache, daß Mißbrauchskontrolle nur als Wirtschaftsaufsicht erfolgen darf (s.o.) und der Mißbrauchsbegriff als solcher konkretisierungsfähig, d.h. die Grenzen des Mißbrauchs feststellbar sind, wurde bereits gezeigt⁴⁾.

Im folgenden werden nun die einzelnen Vorschriften auf ihre Bestimmtheit untersucht. Da der Bestimmtheitsrahmen bereits abgesteckt wurde, muß hier nur noch geprüft werden, ob die verfassungsrechtlichen Grundsätze zur Bestimmtheit, die bereits anhand der Rechtsprechung des BVerfG ermittelt

1) Vgl. Witkowski, aaO., S.27 f.

2) Witkowski, aaO., S.28.

3) Vgl. Witkowski, aaO., S.29 f.

4) Vgl. hierzu die grundlegenden Ausführungen von Baur, aaO., S.66 ff., 73 ff.

wurden, bei der konkreten Ausgestaltung der Normen, die als Grundlage der individuell-konkreten Maßnahmen der Preismißbrauchsaufsicht dienen, eingehalten wurden - es geht hier also nicht um Grundsatzfragen zur Preisaufsicht, sondern lediglich um äußere "technische" Bestimmtheitsanforderungen.

2. § 22 Abs.4, 5 GWB ¹⁾

Jede Norm, die Eingriffe in Freiheitsbereiche - und ein solcher ist auch eine Preismißbrauchsverfügung der Kartellbehörde - ermöglicht, muß analog Art.80 GG für die potentiell Betroffenen möglichst klar erkennbar, voraussehbar und berechenbar sein. Art.80 Abs.1 S.2 GG fordert jedoch nicht, "daß die Ermächtigung so bestimmt wie irgend möglich umschrieben ist; sie muß nur hinreichend bestimmt sein" ²⁾.

a) Allgemeine Grundsätze des BVerfG zum Preisrecht

Für eine wirtschaftsverwaltungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage sind die Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes jedenfalls auch dann erfüllt, wenn sich der Gesetzgeber "abstrakter und unbestimmter Formulierung bedienen (muß), um die Verwaltungsbehörden in die Lage zu versetzen, ihren Aufgaben, den besonderen Umständen des einzelnen Falles und in schnell wechselnden Situationen des wirtschaftlichen Lebens gerecht zu werden" ³⁾.

Die vom BVerfG in einer Reihe von Entscheidungen entwickelten Grundsätze für das Preisrecht ⁴⁾ enthalten zwei wesentliche Aussagen, nämlich

1) Vgl. allg. zu Preiskontrollen nach § 22 GWB Möschel, Rechtsordnung, aaO., S.31 ff.

2) BVerfGE 8, 274 Ls 5; vgl. dazu auch Scholz, Konzentrationskontrolle, aaO., S.91 ff.

3) BVerfGE 8, 274 S.326.

4) Vgl. insbes. BVerfGE 8, 274 S.307 ff., 325 ff.; 37, 132 S.142 ff.; 38, 348 S.358 ff.; 42, 191 S.200 ff.

- daß "jeder Unternehmer seine Preise frei kalkulieren und festsetzen kann" ¹⁾ und
- daß Eingriffe in die 'Preisfreiheit' von Wirtschaftssubjekten dann als verfassungsmäßig anzusehen sind, wenn sie zur "Sicherung einer vorgegebenen Preis- und Wirtschaftsordnung" ²⁾ erforderlich sind.

Das BVerfG ging also davon aus, daß in unserem sozialmarktwirtschaftlichen System grundsätzlich von der Preisfreiheit, also von ungebundenen Preisen, auszugehen ist. Dienen staatliche Eingriffe in die unternehmerische Preissetzungsfreiheit aber dem Ziel, die geltende marktwirtschaftliche Ordnung vor systemfremden Eingriffen durch Marktbeherrscher zu schützen, so sind sie von der Verfassung gedeckt.

Im Rahmen dieser Entscheidungen hat das BVerfG Preisbeschränkungsmaßnahmen zum Schutz des Mittelstandes vor übermäßigem Preiswettbewerb ³⁾, weiterhin die Ermächtigung des § 51 Abs.2 PBefG zur Festsetzung von Beförderungsentgelten ⁴⁾, die äußerst weitgefaßte und komplexe Generalklauseln enthalten, für zulässig angesehen.

Auch die BVerfG-Entscheidung zur Vergleichsmiete ⁵⁾ bestätigte die Zulässigkeit von Eingriffen in die Preisfreiheit aufgrund von Generalklauseln. Hier wies das BVerfG auch ausdrücklich darauf hin, "daß die Anwendung des Begriffs der ortsüblichen Vergleichsmiete ... nicht geringe Schwierigkeiten bereitet"; trotzdem könne diese gesetzliche "Regelung hingenommen werden, da eine dem materiellen Inhalt der Norm gemäße Anwendung bei einer sachgerechten und an den dargelegten verfassungsrechtlichen Grundsätzen orientierten Handhabung nicht ausgeschlossen ist" ⁶⁾.

1) BVerfGE 21, 292 S.297.

2) BVerfGE 8, 274 S.310.

3) Vgl. BVerfGE 21, 292 S.298 ff.

4) Vgl. BVerfGE 42, 191 S.200 ff.

5) BVerfGE 37, 132.

6) BVerfGE 37, 132 S.143.

b) Übertragung auf Preisaufsichtsnormen des GWB

Die dort zugrundegelegten gesetzlichen Vorschriften und die Sachlage sind der der Kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht über Preise dem Grunde und ihrer Struktur nach vergleichbar.

So hat sich auch das Kammergericht in seinem Beschluß vom 18.2.1969 ¹⁾ geäußert, indem es feststellte, daß die in § 22 GWB enthaltene Generalmißbrauchsklausel nicht verfassungswidrig sei, wenn diese die Voraussetzung im Einzelfall erfüllten, d.h., daß sie neben der Übereinstimmung mit der verfassungsmäßigen Ordnung der Zielsetzung des GWB entsprechend ausgelegt werden; dies gilt auch für die Maßnahmen des Bundeskartellamtes in den Fällen Valium/Librium ²⁾ und Vitamin B 12 ³⁾.

Auch der BGH, der die KG-Entscheidung Valium/Librium wegen anderer Gründe aufhob, bejahte ausdrücklich im Beschluß Vitamin B 12 ⁴⁾ in einem obiter dictum die grundsätzliche Möglichkeit, mißbräuchliche Preise zu kontrollieren ⁵⁾.

c) Bestimmbarkeit der Tatbestandsvoraussetzungen

Die in § 22 Abs.4 GWB normierte allgemeine Mißbrauchsklausel besagt ganz allgemein: Ein marktbeherrschendes Unternehmen darf seine Marktmacht nicht mißbräuchlich auf dem Markt einsetzen.

1) WuW/E OLG 995 S.998 "Handpreisauszeichner".

2) WuW/E OLG 1645 u. 2053.

3) WuW/E OLG 1599.

4) WuW/E BGH 1435.

5) Vgl. Witkowski, aaO., S.37.

Zu fragen ist nun, ob für den Normadressaten erkennbar ist, was das Gesetz von ihm fordert bzw. ihm verbietet. Vorauszuschicken ist, daß sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen der Generalmißbrauchsklausel objektiver Natur sind. Subjektive Elemente, wie z.B. Verschuldensformen (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) sind zur Erfüllung des Tatbestandes nicht erforderlich.

aa) Marktbeherrschung und Marktmacht

Den Begriff der Marktbeherrschung definiert das Gesetz in § 22 Abs.1 GWB; es stellt hierbei in Ziffer 1 auf die Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt ab und in Ziffer 2 auf die Marktstellung im Vergleich zu anderen Marktteilnehmern. Ergänzend hierzu enthält § 22 GWB in seinen Absätzen 2 und 3 noch Marktmachtvermutungen, die auch dem Betroffenen Anhaltspunkte geben können. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Marktbeherrschung ist nach objektiven Kriterien ausfüllbar; daß dafür auch betriebs- und volkswirtschaftliche Erkenntnisse eingesetzt werden müssen, stellt kein Novum dar und tritt der Bestimmbarkeit auch nicht entgegen, da sie beim Normadressaten vorausgesetzt werden können.

Der Begriff der Marktmacht ist zumindest in seinen Konturen für das betroffene marktmächtige Unternehmen erkennbar: Wenn es aufgrund seiner Größe und aufgrund seiner Marktpositionen Möglichkeiten hat, auf andere Unternehmen und deren Marktverhalten wesentlichen Einfluß auszuüben, so weiß es, daß Marktmacht einsetzt. Denn nur so ist es möglich, daß ein Unternehmen ein anderes dazu veranlassen kann, sich entgegen seinen

eigenen Interessen und Unternehmenszielen, die in der Regel in der Gewinnmaximierung bzw. Kostenminimierung bzw. Durchsetzung bestimmter Ziele der Unternehmenspolitik bestehen, zu verhalten. Auch erscheint die Annahme nicht unrealistisch, daß marktmächtige Unternehmen grundsätzlich erkennen können, daß ihr Verhalten im Wettbewerb - und entsprechend auch das daraus resultierende Marktergebnis - anders ausfallen würde, wenn sie im wesentlichen im Wettbewerb mit Konkurrenzunternehmen stünden - dies gilt vor allem für die Aktionsparameter Preis und Qualität, die für Verbraucher von besonderer Bedeutung und am ehesten vergleichbar sind ¹⁾.

Maßgeblich für die Beurteilung ist hier nur das Marktverhalten der Normadressaten und Betroffenen, das grundsätzlich rational überprüfbar ist. Dagegen spielt hier die Einflußnahme marktmächtiger Unternehmen außerhalb dieses Bereiches (z.B. im politischen Bereich) keine Rolle, sie wäre auch nicht nach rechtsstaatlichen Grundsätzen definier- und bestimmbar.

bb) Mißbrauch

Anhaltspunkte für die Klärung des unbestimmten Rechtsbegriffs "Mißbrauch" ²⁾ gibt das Gesetz selbst in § 22 Abs. 4 S. 2 GWB. Hier muß aber eingewandt werden, daß trotzdem ein nicht unerheblicher Unsicherheitsfaktor für den Betroffenen bestehen bleiben kann, weil der Mißbrauchsbegriff wertbehaftet ist. Dies kann jedoch, wie noch zu zeigen sein wird, auch im Hinblick auf rechtsstaatliche Erfordernisse hingenommen werden, da andere Schutzfaktoren, die das Gesetz hier vorsieht ³⁾, will-

1) Vgl. Witkowski, aaO., S. 40.

2) Zum Mißbrauchsbegriff s. die umfassende Untersuchung von Baur, aaO.

3) insbes. das justizförmig ausgestaltete Verwaltungsverfahren.

kürliche Eingriffe in geschützte Freiheitsbereiche der Betroffenen verhindern.

cc) Wirtschaftsaufsichtsmaßnahme

Aus dem Ergebnis der Untersuchung zur strukturellen Rechtskonformität kartellrechtlicher Preismißbrauchsvorschriften ergibt sich eine weitere Eingrenzungsmöglichkeit für die Generalmißbrauchsklausel: Da Preismißbrauchsmaßnahmen nur im Rahmen der Wirtschaftsaufsicht zulässig sind, müssen die Normadressaten jedenfalls nicht mit Preisvorschriften seitens der Kartellbehörden rechnen. Gleichzeitig ergibt sich, daß sich kartellbehördliche Preiskontrollmaßnahmen nur gegen bestimmte, abgrenzbare Verhaltensweisen richten können. Die Kartellbehörde muß also dem Betroffenen nachweisen, daß eine bestimmte Maßnahme als mißbräuchlich zu werten ist; und nur dagegen kann sich eine Preismißbrauchsverfügung richten.

d) Einflußgrößen

Aus der Untersuchung zu den Einflußgrößen auf die Bestimmtheitsanforderungen an Gesetze ¹⁾ lassen sich folgende Schlüsse zur Bestimmtheit der Generalmißbrauchsklausel ziehen:

- Bestimmtheit kann nur im Rahmen dessen gefordert werden, was generell-abstrakter Regelung praktisch möglich ist ²⁾; es wurde bereits darauf hingewiesen, daß alle in § 22 Abs.4 GWB verwendeten unbestimmten Rechtsbe-

1) S. oben Teil 2, S.34 ff.

2) Vgl. dazu auch Steindorff, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: Festschrift für Karl Larenz, S.217-244, München 1973, S.230.

griffe zumindestens grundsätzlich nach objektiven Kriterien eingrenzbar und bestimmbar sind, zu konkrete Formulierungen andererseits der Schnellebigkeit und Vielfalt der Lebenssachverhalte wie auch den Umgehungsmöglichkeiten nicht Herr werden könnten ¹⁾.

- Der Gesetzgeber hat einen weiten Ermessensspielraum dabei, ob er unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden will; dieser findet seine Grenze lediglich dort, wo belastende Gesetze zur Erreichung des Normzweckes schlechthin untauglich sind. Im Bereich der Preis- mißbrauchsaufsicht ist es aber gerade zur Erreichung des Normzweckes erforderlich, mit unbestimmten Rechtsbegriffen zu arbeiten, da die vielfältigen Mißbrauchsmöglichkeiten sonst nicht vom Gesetz erfaßt werden könnten. Das Gegenteil kann sogar eher der Fall sein: Würde der Gesetzgeber hier konkrete Verhaltensweisen vorschreiben oder verbieten, so wäre damit im Zweifel ein wesentlich einschneidender Eingriff in die Freiheitssphäre der Wirtschaftssubjekte verbunden.
- Es wurde auch festgestellt ²⁾, daß Bestimmtheitsanforderungen mit dem Adressatenkreis variieren können; in der Tendenz sind um so geringere Bestimmtheitsanforderungen zu stellen, je eingegrenzter der Adressatenkreis ist; gleichzeitig kann das Gesetz, wenn es sich an einen bestimmten Adressatentyp wendet, den Informationsstand voraussetzen, der in diesem Bereich allgemein gefordert wird. Die Normadressaten des § 22 Abs.4 GWB sind nicht nur alle notwendigerweise Vollkaufleute mit entsprechenden Kenntnissen um wirtschaftliche Zusammenhänge, sondern auch marktmächtige Unternehmen mit einem entsprechenden Stab an

1) S. oben, S.76, 88 ff.

2) S. oben Teil 2, S.48 ff.

qualifizierten juristisch und betriebs- wie volkswirtschaftlich ausgebildeten Fachleuten. Hier sind die Bestimmtheitsanforderungen von vornherein geringer anzusetzen als bei Normen, die sich an einen unbestimmten Adressatenkreis wenden.

- Wichtig ist in diesem Zusammenhang noch, darauf hinzuweisen, daß die Kartellbehörde gegen mißbräuchliches Verhalten gemäß § 22 Abs.4 GWB nur nach Durchführung des justizförmig ausgestalteten Verwaltungsverfahrens gemäß §§ 51 ff. GWB eine Untersagungsverfügung erlassen darf. Kann ein staatlicher Eingriff aber nur nach Durchführung eines solchen Verfahrens erfolgen, so sind die Bestimmtheitsanforderungen geringer als bei Gesetzen, die ein unmittelbares Ge- oder Verbot enthalten ¹⁾. Zusätzlich zu den Vorschriften des GWB gelten für das Verwaltungsverfahren auch die Vorschriften des VwVfG, die die umfassende Gewähr dafür bieten, daß die Ausübung staatlicher Gewalt an rechtsstaatliche Grundsätze gebunden ist. Ebenso ist dem Betroffenen das rechtliche Gehör zu gewähren, bevor ein belastender Verwaltungsakt ergeht.

e) Justitiabilität

Auch gegen die Justitiabilität der Generalmißbrauchsklausel bestehen keine durchgreifenden Bedenken: Der Richter muß, um ein Gesetz anwenden zu können, lediglich den Umfang und den Sinn der einzelnen Tatbestandsmerkmale eindeutig ermitteln können ²⁾. Hierbei kann er sich der Hilfe von Gutachten bedienen, z.B. Marktanalysen und sonstige betriebs- und volkswirtschaftliche Sach-

1) S. oben Teil 2, S.53 ff.

2) Vgl. z.B. EuGH, WuW/E EWG/MUV 447.

gutachten. Alle Tatbestandsmerkmale sind jedoch im wesentlichen nach objektiven Kriterien eingrenzbar und bestimmbar ¹⁾. Selbst die Feststellung des mißbräuchlichen Verhaltens erfordert keine Bewertung subjektiver Momente, also z.B. Verschulden, sondern die rein objektive Feststellung, daß Marktmacht in fehlerhafter Weise eingesetzt worden ist; eine solche Feststellung ist sittlich indifferent ²⁾. Zu diesem Punkt sei abschließend noch die Meinung des BVerfG zur Frage dargestellt, welche Anforderungen das Gesetz an die richterliche Rechtsfortbildung bei der Auslegung von weitgefaßten Regelungen (hier z.B. § 3 Abs.1 Kapitalverkehrssteuergesetz) stellen darf: "Was schließlich die Bedenken des vorliegenden Gerichts angeht, daß die Bestimmung des § 3 Abs.1 KapitalverkehrssteuerG den Richter überfordere, so ist darauf hinzuweisen, daß nach der Rechtsprechung des BVerfG selbst die schöpferische Füllung weiter Lücken auf der Grundlage einer richtungsweisenden Generalklausel eine herkömmlich und stets bewältigte richterliche Aufgabe ist. Die weitgefaßten Normen des Steuerrechts können das Gebot materieller Gerechtigkeit überhaupt erst erfüllen, wenn der Richter Lücken schöpferisch ausfüllt und damit den objektiven Willen des Gesetzgebers im Einzelfall verwirklicht" ³⁾.

f) Voraussehbarkeit für Adressaten

Für die Voraussehbarkeit seitens des Normadressaten ergibt sich damit:

1) S. oben S.88 ff.

2) Vgl. z.B. Sieber, Aspekte einer Mißbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, Diss. Bonn 1977, S.59 ff. m.w.Nachw.

3) BVerfGE 13, 153 S.164.

Marktmächtige Unternehmen kennen den Unterschied zwischen wettbewerblichem und marktmächtigem Verhalten. Auch der Europäische Gerichtshof hat im Verfahren Hoffmann-La Roche von vornherein unterstellt, daß der Klägerin die Begriffe "marktmächtiges Unternehmen" und "wettbewerbliches Verhalten" bekannt sind ¹⁾.

Was den Wirtschaftssubjekten wohl nicht immer bekannt ist, ist die genaue Grenze, jenseits derer das Ausnutzen dieser marktmächtigen Stellung als Mißbrauch zu werten ist. Um diese Grenze nicht zu überschreiten, hat das Unternehmen dann die Wahl, ob es sich wettbewerbskonform oder marktmächtig verhält. Bewegt es sich aber in Richtung zur Mißbrauchsgrenze hin, setzt es also seine Marktmacht mißbräuchlich ein, so muß es eben in Kauf nehmen, daß die Kartellbehörde ihr Verhalten überprüft. Agierender ist also das Unternehmen, Reagierende die Kartellbehörde. Deren Reaktionen auf die Aktionen der Wirtschaftssubjekte sind also in ausreichendem Maße sowohl vorhersehbar als auch kalkulierbar. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß hierin eine Wertung über den Umfang der erforderlichen Vorhersehbarkeit beinhaltet ist, über die die betroffenen Normadressaten häufig eine andere Meinung haben; dies hat seine Ursache lediglich im natürlichen Interessengegensatz ²⁾.

g) Ergebnis

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß die Generalmißbrauchsklausel des § 22 Abs.4 GWB eine rechtsstaatlich ausreichende Ermächtigungsgrundlage für kartellbehördliche Preiskontrollmaßnahmen darstellt; sie genügt den Bestimmtheitsanforderungen. Zusätzlich gibt § 22 Abs.5 S.2 GWB

1) Vgl. EuGH, WuW/E EWG/MUV 447 S.463 f.

2) Vgl. Witkowski, aaO., S. 41.

dem Betroffenen die Möglichkeit, vor Einleitung des Verwaltungsverfahrens das mißbräuchliche Verhalten abzustellen. Weiterhin möchte ich nochmals auf das Verwaltungsverfahren hinweisen: Hierdurch wird eine etwa bestehende unklare Fassung der Norm "durch ein quasi komplementäres Handeln der Exekutive zum Teil neutralisiert" ¹⁾. Im Rahmen dieses Verfahrens werden z.B. gemäß § 53 GWB vor Erlaß einer Untersagungsverfügung Gespräche zwischen Betroffenen und Kartellbehörde geführt, im Rahmen derer die gegenseitigen Standpunkte dargestellt, aber auch geklärt werden können. Auch mit diesem Verfahren wird dem "aus Art. 20 GG hergeleiteten Rechtsstaatsprinzip im Sinne der Vorhersehbarkeit hoheitlicher Eingriffe ... ausreichend Rechnung getragen" ²⁾.

3. § 26 Abs. 2, 3 i.V.m. § 37a Abs. 2 GWB

Verstöße gegen § 26 Abs. 2 und 3 erfüllen den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit ³⁾, gleichzeitig lösen sie zivilrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche der geschützten Konkurrenten aus ⁴⁾. Das Diskriminierungsverbot enthält also ein unmittelbares gesetzliches Verbot. Daneben und unabhängig davon, kann die zuständige Kartellbehörde im objektiven Verfahren, in dem es auf Verschulden nicht ankommt, gemäß § 37a Abs. 2 GWB dem Normadressaten die in § 26 Abs. 2 und 3 verbotenen

1) Vorderwülbecke, aaO., S. 176.

2) Münzinger, aaO., S. 36.

3) Vgl. dazu Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Tübingen 1969; Bechtold, Das neue Kartellrecht, München 1981, S. 258-272; und zur GG-Problematik Selmer, Verfassungsrechtliche Probleme einer Kriminalisierung des Kartellrechts, Köln, Berlin, Bonn München 1977.

4) Vgl. dazu allg. auch Ulmer, Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (§§ 26 II S. 3, III, 37a III GWB) in: WuW 80, 447-493.

Maßnahmen nach Durchführung des justizförmig ausgestalteten Verwaltungsverfahrens durch Verwaltungsakt untersagen.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG können, wie bereits erwähnt ¹⁾ - die Bestimmtheitsanforderungen auch danach variieren, ob eine gesetzliche Vorschrift ein unmittelbares Verbot enthält, bei dessen Verletzung Sanktionen (hier Ordnungsgelder) verhängt werden können, oder ob z.B. vor Erlass eines Verwaltungsaktes ein Verfahren vorgeschaltet ist; nur der letztere Fall ist für diese Arbeit relevant, da nur in diesem kartellbehördliche Preismißbrauchsverfügungen erlassen werden.

Die speziellen Behinderungsverbote des § 26 Abs.2 und 3 GWB verbieten marktstarken Unternehmen jede unmittelbare oder mittelbare unbillige Behinderung und grundlose Diskriminierung im allgemein zugänglichen Geschäftsverkehr ²⁾. Der Zweck des Diskriminierungsverbotes deckt sich weitgehend mit dem des Mißbrauchsverbotes (§ 22 Abs.4 GWB), da ersteres sich nur auf marktstarke Unternehmen bezieht, weil nur deren Verhalten die Wettbewerbsordnung in spürbarem Maße gefährden können ³⁾. Das Behinderungsverbot des § 26 Abs.2 GWB soll vornehmlich die Wettbewerber der Normadressaten, das Diskriminierungsverbot des Abs.3 vor allem Abnehmer und Lieferanten gegen ungünstige Beeinflussung ihrer Marktchancen schützen. Da durch letzteres aber der Wettbewerb des diskriminierten

1) S. oben Teil 2, S.47 ff.

2) Zur Rechtsprechung des BGH zu § 26 II GWB s. Emmerich, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Diskriminierungsverbot, in: Die AG 76, 57 (Teil I) u. 76, 92 (Teil II); Henseler, Rechtsprechung des BGH zu § 26 II S.3 GWB, in: WRP 80, 181; zur volkswirtschaftlichen Analyse eines Verstoßes gegen § 26 vgl. Grossekketter, Der Fall "Deutsche SB-Kauf kontra adidas", volkswirtschaftliche Analyse einer Lieferverweigerung, in: WRP 78, 619.

3) Vgl. Emmerich, Kartellrecht, aaO., S.197.

Unternehmens mit anderen Konkurrenten behindert wird, stimmt der Anwendungsbereich des § 26 Abs.2 GWB weitgehend mit dem des Abs.3 überein ¹⁾.

Für die in § 26 Abs.2 und 3 verwendeten allgemeinen Rechtsbegriffe gilt das oben zu § 22 GWB Gesagte entsprechend. Insbesondere sei hier nochmals darauf hingewiesen, daß im objektiven Untersagungsverfahren gemäß § 37a Abs.2 GWB das Verschulden keine Rolle spielt; der BGH hat im Beschluß vom 3.4.1975 ²⁾ ausdrücklich die Zugehörigkeit der Preismißbrauchsaufsicht zur Wirtschaftsaufsicht dadurch betont, daß er nur Verbote, nicht aber Gebote für zulässig erachtete.

4. § 37a Abs.3 GWB

Der zur "Sicherung des Leistungswettbewerbs" ³⁾ 1980 eingefügte § 37a Abs.3 GWB räumt der Kartellbehörde die Möglichkeit ein, relativ marktmächtigen Unternehmen die unmittelbare oder mittelbare Behinderung im Horizontalverhältnis zu untersagen. Im Vergleich zu § 26 Abs.2, 3 wurde hier der Adressatenkreis erweitert, das untersagbare Verhalten stimmt aber im wesentlichen mit dem des § 26 GWB überein.

Als zusätzliches Tatbestandsmerkmal fordert § 37a Abs.3 GWB aber, daß durch die beanstandbare Handlung eine nachhaltige Beeinträchtigung des Wettbewerbs verursacht werden muß. Auch diese Voraussetzung erscheint objektivier- und auch eingrenzbar, wenngleich hier zu-

1) Vgl. Emmerich, Kartellrecht, aaO., S.197 f.

2) WuW/E BGH 1345 f. = WRP 75, 355 "Polyester-Grunstoffe".

3) = Überschrift der Erläuterungen zu § 26 II u. III, § 37a III GWB in der Begründung zur 4.GWB-Novelle, BT-Drucks.8/3690, S.28.

sätzliche Untersuchungen im Einzelfall erforderlich sind: So wurde z.B. in der Kaufmarkt-Verfügung der Landeskartellbehörde Bayern darauf hingewiesen ¹⁾, daß Umfragen des Landesverbandes des bayerischen Einzelhandels durchgeführt wurden, die ergaben, daß aufgrund der aggressiven Preispolitik, nämlich des dauernden Verkaufs unter Einstandspreis, auf dem relevanten Markt die Umsätze, Ertragslage und Handelsspannen negativ beeinflusst würden, und daß jedes dritte betroffene Unternehmen Personal abbauen mußte ²⁾. Dies zeigt, daß auch der unbestimmte Rechtsbegriff der wesentlichen Beeinflussung des Wettbewerbs - zumindest unter Zuhilfenahme von z.B. Gutachten - konkretisierbar ist. Daß hier evtl. Wertungen erforderlich sind, wo die Grenze der nachhaltigen Beeinflussung verläuft, muß hingenommen werden, da die Kartellbehörde im Einzelfall nachprüfbare Gründe dafür anführen muß. Auch § 37a Abs.3 GWB ist also durchaus ausreichend bestimmt.³⁾.

IV. Zusammenfassung

Es konnte im Ergebnis festgestellt werden, daß die Preisaufsichtsnormen genügend bestimmt sind. Während das "Ob" einer Preismißbrauchsaufsicht inzwischen allgemein nicht mehr in Frage gestellt wird ⁴⁾, bereitet das "Wie" Schwierigkeiten. An den grundsätzlichen Bedenken Ipsens durfte deshalb nicht vorbeigegangen werden, sie konnten jedoch widerlegt werden: Die Preismißbrauchsvorschriften sind nicht als Wirtschaftslenkungsmaßnahmen verfassungswidrig.

1) Vgl. WuW/E LKartB 223 S.224.

2) Vgl. WuW/E LKartB 223 S.224.

3) Vgl. Kirchhof, Die Bestimmtheit von Ermächtigungsgrundlage und Inhalt eines Verwaltungsakts nach § 37a Abs.3 GWB, in: ZHR 150 (1986), 306 ff.

4) Vgl. Scholz, Preiskontrolle, aaO., S.521.

In Anwendung der durch die weiter oben vorgenommene-
ne Auswertung der BVerfG-Rechtsprechung gewonnenen Er-
kenntnisse auf die GWB-Vorschriften ließ sich dann
auch im einzelnen deren hinreichende Bestimmtheit be-
legen.

3. Teil: Bestimmtheitsanforderungen an Kartellverwaltungsakte

Nachdem festgestellt wurde, daß die gesetzlichen Grundlagen der kartellbehördlichen Preismißbrauchsaufsicht ausreichend bestimmt sind, ist nun zu untersuchen, welche Anforderungen an die darauf gestützten Untersagungsverfügungen der Kartellbehörden gestellt werden.

Untersagungsverfügungen sind Verwaltungsakte, also Entscheidungen einer staatlichen Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechtes mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen, § 35 VwVfG. Soweit das GWB keine Sondervorschriften enthält - und dies ist für die Beurteilung der Untersagungsverfügungen und deren Bestimmtheit der Fall - sind die Grundsätze des VwVfG ¹⁾ maßgebend.

Deshalb wird zunächst untersucht, welche Anforderungen das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht an die Bestimmtheit von Verwaltungsakten stellt.

1) Soweit es sich um Maßnahmen des BKartA handelt, ist das (Bundes-)VwVfG v. 25.5.76 anzuwenden. Verwaltungsakte der Landeskartellbehörden sind nach den Vorschriften der jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetze zu beurteilen; diese stimmen weitgehend mit den bundesrechtlichen Normen überein: So sind das BayVwVfG und das VwVfG - sieht man von den Regeln über Zuständigkeit, Anwendungsbereich sowie den Schlußvorschriften ab - wortgleich. Soweit jedoch in einem Bundesland kein wortgleiches Verwaltungsverfahrensgesetz existiert, gelten keine Besonderheiten, da die hier relevanten Vorschriften der §§ 35, 37 VwVfG keine völlig neuen Regelungen des Gesetzgebers darstellen, sondern lediglich die schon früher gültigen allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts kodifizieren (s. dazu auch Kopp, VwVfG, vor § 1, Anm.1, 4. Aufl. München 1986).

Danach ist zu fragen, ob diese allgemeinen Aussagen nach bestimmten Kriterien konkretisierbar sind, und, wenn ja, nach welchen.

Diese Ergebnisse werden anhand eines konkreten Falles überprüft. Die beispielhafte Untersuchung soll anhand des Kaufmarktfalles erfolgen; dieser eignet sich besonders deshalb dafür, weil er - soweit ersichtlich - im Bereich der Preismißbrauchsaufsicht der einzige ist, der allein wegen mangelnder Bestimmtheit zur Aufhebung der Untersagungsverfügung geführt und in der Praxis zum Erliegen der Preismißbrauchskontrolle aufgrund § 37a Abs.3 GWB beigetragen hat.

A. Theoretische Grundlagen

I. § 37 Abs.1 VwVfG

1. Allgemeine Bestimmtheitsanforderungen

§ 37 Abs.1 VwVfG fordert, daß ein Verwaltungsakt hinreichend bestimmt sein muß. Dies "bedeutet, daß für die Beteiligten, insbesondere für den Adressaten des VA ... für sonstige durch den Verwaltungsakt Betroffene und u.U. auch Dritte, die Regelung, die den Zweck, Sinn und Inhalt des Verwaltungsaktes ausmacht, so vollständig, klar und unzweideutig erkennbar sein muß, daß sie ihr Verhalten danach richten können ... und daß auch die mit dem Vollzug betrauten oder sonst mit der Angelegenheit befaßten Behörden und deren Organe den Inhalt etwaigen Vollstreckungsmaßnahmen oder sonstigen weiteren Entscheidungen zugrundelegen können ... ¹⁾". "Insbesondere

1) Kopp, aaO., § 37, Anm.4; vgl. auch Eichler, VwVfG, Kommentar, Percha, Stand 1.9.85 zu § 37 I; Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des BVerwG, Folge 4, Verfahrensrecht ab 1.1.81, § 37 VwVfG; Meyer, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 37, Anm.1, 2.Aufl. Frankfurt/M. 1982; Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, § 119 AO, Anm.2, 8.Aufl. Köln o.J.

muß, ohne daß es dazu erst besonderer Überlegungen, Rückfragen usw. bedürfte, erkennbar sein, daß es sich bei dem in Frage stehenden Akt um einen Verwaltungsakt handelt ... und auf welchen Sachverhalt sich der Verwaltungsakt bezieht, von wem etwas ... verlangt wird ... Abzustellen ist dabei ... auf den objektiven Erklärungswert und Erklärungsinhalt des den Betroffenen ... als Inhalt des Verwaltungsaktes Mitgeteilten, so wie sich dieses den Betroffenen darstellt und nach Treu und Glauben (§ 157 BGB) verstanden werden darf und muß" ¹⁾. Als Mindestanforderung muß der Verwaltungsakt erkennen lassen, "daß eine hoheitliche verbindliche Regelung getroffen werden soll ..., welche Behörde ihn erlassen hat ... (und) an wen er sich richtet" ²⁾.

2. Zweck und Begründung des § 37 Abs.1 VwVfG

Das Rechtsstaatsprinzip fordert für die materielle Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten, daß diese ausreichend bestimmt sein müssen, doch kann ihm nicht entnommen werden, welche Bestimmtheitserfordernisse im Einzelfall erfüllt sein müssen ³⁾.

Schon vor Inkrafttreten des VwVfG war das Bestimmtheitsanforderung von der h.M. und st. verwaltungsgerichtlichen Rspr. anerkannt. Es dient der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit, wenn die Behörde ihren Willen vollständig

1) Kopp, aaO., § 37, Anm.5.

2) Schwarze, in: Knack, VwVfG, § 37, Anm. 3.1.1, 2. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1982; vgl. auch Tschira/Schmitt/Glaeser, VwVfG, Teil E S. E 11, München 1976 f.

3) Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG, § 37, Anm.9, 2. Aufl., München 1983; vgl. auch BVerfGE 9, 137 S.137; v.Brünneck, Die Kostenerhebung der Polizei bei Demonstrationen, in: NVwZ 84, 273 S.274.

und unzweideutig ausdrücken muß, wie auch in der Begründung zum VwVfG ¹⁾ hervorgehoben worden ist. Auch die Begründung zum gleichlautenden § 119 Abs.1 AO betont ausdrücklich, daß jeder Bürger wissen muß, was staatliche Gewalt von ihm fordert, andererseits aber auch die Behörden sich im klaren darüber sein sollen, was sie zwangsweise durchsetzen können ²⁾.

Das Bestimmtheitserfordernis bezieht sich auf die Elemente:

- Adressat, an den der Verwaltungsakt ergeht, d.h., der dem Verwaltungsbefehl nachkommen muß und
- Regelungsinhalt ³⁾.

Die Bestimmtheit der Anordnung ist nur dann ausreichend, wenn sich aus ihr das Ziel der geforderten Handlung oder Unterlassung eindeutig ergibt, wenn also unterschiedliche subjektive Auslegungsergebnisse nicht mehr möglich sind ⁴⁾. Nach st.Rspr. des ProVG waren alle Verwaltungsakte zu unbestimmt und wurden deshalb aufgehoben, die das Ziel der geforderten Handlung bzw. des sonstigen Verwaltungsbefehles nicht klar und unzweideutig bezeichneten ⁵⁾. Diese Meinung hat die Rechtsprechung auch beibehalten ⁶⁾.

1) BT-Drucks.7/910 zu § 33 E VwVfG, S.58.

2) Vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler, aaO., § 119 AO, Anm.2; für § 37 VwVfG vgl. auch Eichler, aaO., § 37; Tschira/Schmitt/Glaeser, aaO, Teil A, S.A36 zu § 37 I.

3) Vgl. Stumpp, Die Bestimmtheit von Verwaltungsakten, in: DVBl 68, 330 S.330.

4) Vgl. z.B. ProVG 88, 209 S.213.

5) Vgl. ProVG 23, 321 S.329; 28, 202 S.207; 30, 200 S. 205 f.; 55, 267; 77, 457 f.; 79, 140 f.; 79, 393 f.

6) S. dazu z.B. VGH Mannheim, DVBl 65, 776; VGH Bremen, DöV 56, 216 f.; OVG Münster, JZ 61, 758; Eyermann, in: Eyermann/Fröhler, VwGO, Anh. § 42, Anm.10, 4.Aufl., München 1965; Forsthoff, aaO., S.219 f.

Streitig ist jedoch nach wie vor, ob ein Verwaltungsakt neben dem Ziel auch das Mittel bezeichnen muß, mit dem dieses Ziel erreicht werden soll. Das BVerwG hat bisher hierzu noch nicht eindeutig Stellung genommen, die Oberverwaltungsgerichte vertreten jedoch im wesentlichen die Meinung, daß das Mittel genau bezeichnet werden müsse ¹⁾.

Die Literatur ist teilweise der Meinung, daß die Unbestimmtheit des Mittels die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes nicht beeinträchtigt ²⁾ oder jedenfalls dann nicht, wenn dieses "selbstverständlich oder belanglos ist" ³⁾; andere dagegen sehen in der Angabe des Mittels eine Gültigkeitsvoraussetzung der staatlichen Maßnahme ⁴⁾.

II. Konkretisierung der Bestimmtheitsanforderungen

Obwohl in Literatur und Rechtsprechung in der Regel nur allgemeine Bestimmtheitsanforderungen des § 37 Abs.1 VwVfG genannt werden ⁵⁾, im übrigen auf die Einzelfallüberprüfung anhand dieser pauschalierten Kriterien verwiesen wird, soll dennoch ein Versuch zur Eingrenzung und Konkretisierung unternommen werden. Dies trägt zur Rechtssicherheit nicht nur deshalb bei, weil die Prüfungskriterien für den Einzelfall greifbarer werden, sondern auch, weil einerseits die Verwaltung von vornherein besser absehen kann, ob die von ihr beabsichtigten Verwaltungsakte bestimmt genug sein werden, andererseits

1) Vgl. z.B. OVG Saarland, DÖV 63, 73; VGH Baden-Württemberg, ESVGH 7, 41; BayVG, BayVBl 67, 171.

2) Vgl. Forsthoff, aaO., S.249; Eyermann/Fröhler, aaO., Anh. § 42, Anm.10.

3) Wolff, Verwaltungsrecht I, 6.Aufl., München 1965, S.291; die 9.Aufl. 1974 (Wolff-Bachof) verlangt die Angabe nur, wenn dies gesetzlich vorgeschrieben ist (S. 420).

4) Vgl. z.B. Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 9.Aufl., Berlin, Köln, Bonn, München 1986, S. 407 ff.

5) S. S. 102 f.

der Betroffene leichter beurteilen kann, wie er einen gegen ihn ergangenen Verwaltungsbefehl zu beurteilen hat, nach welchen Grundsätzen er sich gegebenenfalls um dessen Konkretisierung bemühen muß, oder ob er von der erlassenden Behörde genauere Vorgaben verlangen kann.

Um die Bestimmtheitsanforderungen abgrenzen zu können, ist zunächst danach zu fragen, ob der Tenor allein schon den Anforderungen des § 37 Abs.1 VwVfG genügen muß, oder ob hierfür auch die Verfügungsgründe heranzuziehen sind. Zu untersuchen ist ferner, ob Verwaltungsakte im Tenor und/oder Gründen der Auslegung zugänglich sind, und, falls dies der Fall ist, nach welchen Kriterien diese zu erfolgen hat. Schließlich ist festzustellen, ob Bestimmtheitsanforderungen mit dem Regelungsgegenstand bzw. dem Rechtsgebiet, innerhalb dessen sie erlassen werden, variieren können, oder ob sie für alle Verwaltungsakte formal in gleichem Maße gelten. Ergibt sich, daß der Regelungsgegenstand Einfluß auf die Anforderungen nach § 37 Abs.1 VwVfG hat, so muß weiter ermittelt werden, ob sie auch bei unterschiedlichen Adressatenkreisen variieren. Von Bedeutung ist weiterhin, ob die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in Verwaltungsakten schlechthin unstatthaft ist, oder ob dies grundsätzlich zulässig ist. In letzterem Falle muß weiterhin gefragt werden, bis zu welcher Grenze die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe erlaubt ist und gegebenenfalls, ob hierfür dieselben Grundsätze heranzuziehen sind wie bei der Beurteilung der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in Gesetzen ¹⁾. In diesem Zusammenhang muß auch die Frage entschieden werden, ob das Bestimmtheitsgebot fordert, daß die Behörde das Mittel zur Erreichung des Zieles des

1) S. oben Teil 2, S.39 ff.

Verwaltungsbefehles konkret anzugeben hat, und welche Auswirkungen auf die Vollstreckbarkeit des Verwaltungsaktes dementsprechend hingenommen werden können. Am Schluß ist noch zu untersuchen, ob aufgrund der Kompliziertheit des Regelungsgegenstandes Abstriche bei den Bestimmtheitsanforderungen gemacht werden dürfen, und wenn ja, bis zu welchem Grade.

1. Tenor und Entscheidungsgründe

Um dem Rechtsstaatsprinzip zu genügen, muß der Regelungsinhalt eines jeden Verwaltungsaktes "hinreichend klar, verständlich und widerspruchsfrei sein" ¹⁾.

a) Bestimmtheit der einzelnen Verfügungsbestandteile

Wie das Urteil in Tenor und Entscheidungsgründe aufgeteilt ist, so sind Verwaltungsakte in der Regel in einen verfügenden Teil ²⁾ und die Begründung gegliedert ³⁾. Nur ersterer enthält die Entscheidung, den Verwaltungsbefehl, und nur darauf kann sich das Bestimmtheitserfordernis des § 37 Abs.1 VwVfG beziehen: Dies ergibt sich sowohl aus dem Normzusammenhang der §§ 35-38 VwVfG einerseits und §§ 39 ff. VwVfG andererseits sowie aus dem Wortlaut des § 39 Abs.1 S.1 VwVfG, der davon spricht, daß ein "Verwaltungsakt ... schriftlich zu begründen" ist; d.h., nur der Entscheidungssatz wird als "der Verwaltungsakt" angesehen, nicht aber die Begründung ⁴⁾. Das bedeutet aber nicht, daß in den verfügenden Teil nicht auch Gründe aufgenommen werden dürften. Gleichermaßen kann - wenn der Tenor aus sich heraus nicht verständlich ist; dieser die notwendige Bestimmtheit i.S.d. § 37 Abs.1 VwVfG aus der Heranziehung der ganzen Begründung oder Teilen davon gewinnen ⁵⁾.

1) Kopp, aaO., § 37, Anm.8.

2) Vgl. § 41 IV S.1 VwVfG.

3) Vgl. z.B. BVerwGE 1, 311.

4) Vgl. Schwarze, in: Knack, aaO., § 37, Anm.3.2.

5) Vgl. BVerwGE 55, 175; Schwarze, in: Knack, aaO., § 37, Anm.3.2.

Es ist also nicht notwendig, daß der tragende Entscheidungssatz den wesentlichen Inhalt als solchen - getrennt und unabhängig von den Gründen - abschließend zusammenfaßt. Eine solche Forderung wäre bloßer Formalismus und würde - bei komplexen Regelungsgegenständen - dazu führen, daß die Verwaltung, um sich vor einer Aufhebung ihrer Maßnahmen zu schützen, dazu überginge, den "Entscheidungssatz" entsprechend lang zu fassen; für dessen Klarheit und Verständlichkeit wäre im Zweifel wohl nichts gewonnen. Auch im Extremfall ist jedoch nicht ersichtlich, warum die Behörde das, was sie normalerweise in den Gründen erörtert, nicht als "Tenor" deklarieren dürfte. Auf welche Weise der Tenor durch die Begründung erst inhaltlich ausgefüllt wird, zeigt die Entscheidung der LKartB Bayern im Kaufmarkt-Fall ¹⁾: Während im Entscheidungssatz die Untersagung des Verkaufs unter Einkaufspreis bezüglich bestimmter, genau benannter Warengruppen angesprochen wird, erfolgt die inhaltliche Ausfüllung des zentralen Begriffes 'Einkaufspreis' erst in der Begründung. Die LKartB erläuterte, daß als Preismißbrauchsgrenze nicht die Einstandspreise festgesetzt würden, da hierfür unverhältnismäßig aufwendige Kostenprüfungen erforderlich gewesen wären. Deshalb legte sie die Mißbrauchsgrenze zugunsten der Betroffenen auf die höheren (= hypothetischen ²⁾) Einkaufspreise - die sie definierte - fest.

Dies umschrieb die LKartB in den Gründen folgendermaßen:

"Vom Brutto-Einkaufspreis sind dabei nur solche Konditionen und Nebenleistungen abzuziehen, die nicht unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2, 3 GWB eingeräumt wurden ³⁾."

Der Tenor allein gibt zur Definition der Preismißbrauchsgrenze keine ausreichenden Anhaltspunkte, wäre mit ihr jedoch überladen und nur schwer verständlich geworden. Die notwendige Bestimmtheit wird also erst durch die Begründung erreicht. Dies erscheint - wie der Kaufmarkt-Fall zeigt - bei Verfügungen mit komplexem Regelungsinhalt auch gerechtfertigt.

1) Vgl. WuW/E LKartB 717 ff.

2) Vgl. oben S.6.

3) WuW/E LKartB 229.

Mit der h.M. ist also davon auszugehen, daß der Regelungsinhalt nicht notwendig im Entscheidungssatz vollständig und aus sich heraus verständlich zusammengefaßt werden muß. Vielmehr ist es jedenfalls dann genügend, wenn der Tenor im Zusammenhang mit den Gründen der Verfügung aus sich heraus verständlich ist und genau aussagt, was vom Adressaten gefordert wird ¹⁾.

Darüber hinaus genügt es, wenn aus den allen Beteiligten bekannten, näheren Umständen ²⁾ die erforderlichen Informationen für die notwendige Bestimmtheit gewonnen werden können; dasselbe gilt für die dem Verwaltungsakt beigefügten Anlagen ³⁾, insbesondere Berechnungen, Statistiken, Tabellen etc. Streitig ist, ob der Rückgriff auf bei den Akten befindliche Unterlagen zulässig sein soll.

Schließlich reicht es nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes ⁴⁾ sogar aus, wenn die Verfügungsadressaten zwar nicht ausdrücklich genannt, jedoch "wenigstens so genau bezeichnet sind, daß sie eindeutig bestimmt werden können" ⁵⁾.

b) "Überschießende Regelung" in den Gründen

In diesem Zusammenhang muß noch untersucht werden, ob es zulässig ist, wenn der Regelungsgehalt der Entscheidungsgründe über den des Tenors hinausgeht:

Diese Frage erübrigt sich nicht schon deshalb, weil die Gründe als "Bestandteile" des Tenors dessen Bestimmtheit erst herbeiführen können; auszugehen ist nämlich grundsätzlich vom Obersatz. Dieser sagt dem Adressaten, was er tun bzw. unterlassen

1) Vgl. Kopp, aaO., § 37, Anm.8.

2) Vgl. z.B. BayVGh v. 16.12.81, BayVBl 82, 435, Ls 1.

3) Vgl. z.B. FG Neustadt, 3.Senat, nicht veröffentlichtes Urteil, Az: 3K 184/81 v. 2.8.83, enthalten in JURIS-Datei (Suche v. 2.8.83); FG Neustadt, 2.Senat, EFG 80, 360, in JURIS-Datei.

4) Für zulässig erachtet vom BSG, BSGE 24, 162 S.164; Gegenmeinung vertreten von Kopp, aaO., § 37, Rdnr.8.

5) BSG, 12.Senat, nicht veröffentlichtes Urteil v. 16.2.82, Az 12 RK 62/80, enthalten in JURIS-Datei mit Hinw. auf BSGE 45, 206; vgl. auch BVerwGE 37, 345 S.347; nicht ausreichend bestimmt, wenn auch durch Auslegung der Adressat nicht eindeutig genug bestimmbar ist.

oder dulden muß. Kann er dies aus dem Entscheidungssatz nicht klar erkennen, so wird ihm zugemutet, daß er sich die erforderliche Klarheit aus der Begründung verschafft. Ist aber der Entscheidungssatz eindeutig und in sich abgeschlossen und fordert die Behörde in den Gründen zusätzlich noch weiteres, so fragt sich, ob der Verfügungsempfänger dies befolgen muß.

Diese Frage wurde in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ¹⁾ - soweit ersichtlich - bisher weder geklärt noch überhaupt angesprochen. Man kann hier einerseits die Meinung vertreten, daß solche Erweiterungen, da vom Tenor nicht erfaßt, unzulässig sind. Andererseits könnte man hier auch argumentieren, daß Entscheidungsgründe zur Bestimmtheit des Tenors herangezogen werden können und es deshalb letztlich überhaupt nicht darauf ankommt, was im Tenor und was in den Gründen enthalten ist.

Richtig und sachgerecht dürfte wohl folgende Lösung sein: Jedem Adressaten eines schriftlichen und begründeten Verwaltungsaktes ist zuzumuten, daß er nicht nur den Tenor liest und versteht, sondern auch zumindest die Gründe in wesentlichen Zügen erfaßt. Die staatliche Gewalt kann aber vom Bürger nicht erwarten, daß er mit ungewöhnlichen und "überraschenden Klauseln" in den Gründen rechnet. Von einer unzulässigen Ausweitung des Verwaltungsbefehls in den Gründen wird demnach auszugehen sein, wenn diese einen eigenständigen weiteren Verwaltungsbefehl enthalten, der allenfalls im mittelbaren Zusammenhang mit dem im Tenor enthaltenen steht.

2. Auslegung und Auslegungskriterien

a) Grundsätzliche Zulässigkeit der Auslegung von Verwaltungsakten

Verwaltungsakte sind Willenserklärungen staatlicher Gewalt durch die erlassende Behörde. Auch wenn Verwaltungsbe-
fehle im Über-Unterordnungsverhältnis gegen den Adressaten

1) Diese Frage wird aber unten bei der Beurteilung der Kaufmarkt-Entscheidung relevant und ist deshalb bereits im Rahmen der theoretischen Grundlagen zu behandeln.

ergehen, so bleiben sie doch Willenserklärungen. Ist ihr Wortlaut für sich allein nicht verständlich, so kann die erforderliche Bestimmtheit durch Auslegung gewonnen werden ¹⁾.

Hierbei sind die §§ 133 und 157 BGB entsprechend anzuwenden; sie gelten auch im öffentlichen Recht. Für öffentlich-rechtliche Verträge ergibt sich dies aus § 62 VwVfG; gleiches gilt für Willenserklärungen der Bürger ²⁾ wie auch der Behörden ³⁾.

b) Auslegungsvoraussetzungen

Auslegung setzt die Feststellung des Erklärungsstatbestandes voraus. Auslegungsgegenstand ist die behördliche Verfügung, Auslegungsmittel sind die Umstände, die auf den Sinn und rechtlichen Inhalt der Erklärung schließen lassen ⁴⁾. Auslegungshilfen können auch aus den Gesamtumständen, die das Verfahren oder sonst den Erlaß des Verwaltungsaktes kennzeichneten, gewonnen werden ⁵⁾.

Nach der Tatsachenermittlung ist festzustellen, ob die Verfügung überhaupt auslegungsbedürftig ist. Ist sie nämlich hinsichtlich Wortlaut und Zweck eindeutig, so ist für die Auslegung kein Platz ⁶⁾.

1) Vgl. BVerwGE 37, 344 S.347; DÖV 74, 318 f.

2) Vgl. BVerwG, DVBl 63, 894; BFH, WPM 82, 1138 S.1139.

3) Vgl. z.B. BVerwG, NJW 76, 304.

4) Vgl. Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, § 133, Anm.3a, 44.Aufl., München 1985.

5) Vgl. Obermayer, VwVfG, § 37, Anm.19, Darmstadt, Neuwied 1983.

6) Vgl. z.B. BGHZ 25, 318 S.319; BayObLGZ 81, 30 S.34.

Weicht der wirkliche Wille der Behörde vom objektiv erklärten ab, und hat dies weder im Wortlaut des Verwaltungsaktes in hinreichendem Maße Ausdruck gefunden, noch wurde es bei der Auslegung erkennbar, so muß dies außer Betracht bleiben ¹⁾.

Schließlich muß die Erklärung auch auslegungsfähig sein; dies trifft dann nicht mehr zu, wenn die Erklärung auch nach jeder möglichen Auslegung keinen sachgerechten Sinn ergibt ²⁾.

c) Auslegungsmaßstäbe

Nach dem Wortlaut des § 133 BGB ist der "wirkliche Wille zu erforschen" und nach § 157 BGB muß so ausgelegt werden, "wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern". Trotzdem nach § 133 BGB nicht am "buchstäblichen Sinn des Ausdrucks" festzuhalten ist, muß dennoch zunächst vom Wortlaut der Erklärung ausgegangen werden ³⁾. Bei Verwaltungsakten handelt es sich jedoch grundsätzlich um empfangsbedürftige Erklärungen. In solchen Fällen hat sich die Auslegung gemäß der h.M. nach dem Empfängerhorizont zu richten.

Für die Auslegung kommt es also darauf an, wie der Verwaltungsakt bei objektiver Würdigung des Inhalts vom Betroffenen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verstanden werden durfte und mußte ⁴⁾.

1) Vgl. Obermayer, aaO., § 37, Anm.21 m.w.Nachw.

2) Vgl. Palandt-Heinrichs, aaO., § 133, Anm.3c.

3) Vgl. BGH, NJW 70, 321 f.; 84, 721 S.722.

4) Vgl. BVerwGE 41, 305 S.306; 49, 244, S.247; BVerwG, NJW 65, 1978; Kopp, aaO., § 37, Anm.5; Meyer/Borgs, aaO., § 37, Anm.3; Obermayer, aaO., § 37, Anm.18; weiter: BGHZ 36, 30 S.33; 47, 75 S.78; NJW 82, 2235; 84, 721 f.

Es ist auf die Verständnismöglichkeiten des Adressaten abzustellen ¹⁾, was allerdings nicht bedeutet, daß sich die Behörde bei jedem Verwaltungsakt überlegen muß, was sie vom konkreten Adressaten an Auffassungsvermögen voraussetzen darf. Maßgeblich ist vielmehr, wie der objektive Erklärungswert vom normalen Durchschnittsadressaten "bei gehöriger Aufmerksamkeit" ²⁾ verstanden werden muß ³⁾.

d) Grenzen der Auslegung

Verbleiben nach Ausschöpfung aller Auslegungsmöglichkeiten Unklarheiten, so wird der Tatsache, daß es sich bei Verwaltungsakten - insbesondere der Wirtschaftsaufsicht - häufig um solche im Subordinationsverhältnis handelt, dadurch Rechnung getragen, daß diese Unklarheiten zu Lasten der Behörde gehen ⁴⁾, aber nur dann, wenn durch Auslegung eindeutige Alternativen gewonnen werden können. In solchen Fällen ist diejenige zu wählen, die den Adressaten am wenigsten belastet ⁵⁾. Auch Art.19 Abs.4 GG gebietet, daß der Adressat durch eine mehrdeutige Willensäußerung der hoheitlichen Gewalt nicht benachteiligt werden darf ⁶⁾.

So wurde z.B. vom Bundesverwaltungsgericht entschieden, daß ein Beamtenanwärter Lehrgangskosten deshalb nicht

1) Vgl. z.B. auch BVerwGE 41, 305, S.306.

2) BGH, NJW 81, 2295 S.2296.

3) Vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler, aaO., § 119 AO, Anm.2.

4) Vgl. z.B. BVerwG, NJW 72, 1682; BayVBl 74, 347; OVG Koblenz, DVBl 77, 869; dieses Prinzip (Unklarheiten gehen zu Lasten des "Stärkeren") findet sich auch in anderer Rechtsgebieten: vgl. z.B. für das Arbeitsrecht Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5.Aufl., München 1982, S.424 m.w.Nachw. in Fußn. 45.

5) Vgl. Meyer/Borgs, aaO., § 37, Anm.12; Schwarze in: Knack, aaO., § 37, Anm.3.1.2; Obermayer, aaO., § 37, Anm.22; BVerwG, BayVBl 74, 347 f.; BVerwGE 41, 305 S.306.

6) Vgl. BVerwGE 41, 305 S.306 m.w.Nachw.

zurückzahlen mußte, weil dies nur für den Fall vereinbart worden war, daß er innerhalb von fünf Jahren nach Beendigung des Lehrgangs aus dem "Dienst" ausscheiden sollte. Da er die Beamtenprüfung nicht bestanden hatte, war er nicht aus dem Beamten-, sondern aus dem Angestelltenverhältnis ausgeschieden. Das BVerwG erachtete den Begriff "Dienst" für zu unklar und verneinte demzufolge die Rückzahlungspflicht ¹⁾.

Das KG hob eine Auskunftsverfügung des BKartA mit Beschluß vom 3.5.1982 ²⁾ auf, weil sich aus dem Verwaltungsakt nur das Ziel der Kartellbehörde entnehmen ließ, auf das Vertikalverhältnis einzuwirken und einen Belieferungsanspruch durchzusetzen. Dafür lagen die Voraussetzungen auch bezüglich der geringen Voraussetzungen eines Anfangsverdachts gemäß § 46 GWB nicht vor. Das Gericht sah zwar die Möglichkeit, die Auskunftsverfügung des Bundeskartellamtes dahingehend auszulegen, daß dieser ein Verfolgungskonzept nach § 37a Abs.3 GWB, also ein Horizontalverhältnis zugrundelag, womit Adressaten die Senkung von Endverbraucherpreisen unter bestimmten Voraussetzungen hätte untersagt werden können. Eine solche Auslegung verbot sich jedoch von vornherein, da die Absicht, entweder nach § 26 Abs.2, 3 i.V.m. § 37a Abs.2 GWB oder nach § 37a Abs.3 GWB vorgehen zu wollen, nicht klar genug zum Ausdruck gebracht wurde. Das KG verwies auch hier auf den Grundsatz, daß nach der Auslegung verbleibende Unklarheiten zu Lasten der Behörde gehen und hielt aus diesem Grunde die Beschwerde für begründet ³⁾.

1) Vgl. BVerwG, BayVBl 74, 347 f.

2) Vgl. WuW/E OLG 2620 "Vergaserkraftstoff-Abgabepreise".

3) Vgl. WuW/E OLG 2620 S.2623 (Verweis auf BVerwGE 41, 305 f.).

Eine Auslegung ist auch dann nicht mehr möglich, wenn in einer behördlichen Verfügung mehrere widersprechende Regelungen enthalten sind bzw. wenn an einen Adressaten widersprüchliche Verwaltungsakte ergangen sind. Solche Fälle genügen dem Bestimmtheitserfordernis nicht; die Regelungen sind zwar nicht nichtig, aber rechtswidrig und unwirksam, weil grundsätzlich nicht vollstreckungsfähig ¹⁾.

Schließlich ist ein Verwaltungsakt dann nicht ausreichend bestimmt und nicht mehr - weiter - auslegungsfähig, wenn der Erklärungsinhalt einer unterschiedlichen subjektiven Bewertung zugänglich ist ²⁾. In solchen Fällen besteht die Gefahr willkürlicher Entscheidungen, auf die sich der Adressat nicht einstellen kann und die für ihn nicht berechenbar sind.

Das BVerwG wies auch in seinem Urteil vom 13.10.1983 ³⁾ darauf hin, daß derjenige Sozialhilfeempfänger, der zur gemeinnützigen Arbeit herangezogen wird, dem Verwaltungsbefehl nur dann Folge leisten muß, wenn die zu leistende Tätigkeit genau bestimmt ist. Die Auswahl der konkreten Beschäftigung darf keinem Dritten - hier der Heimleitung der sozialen Einrichtung, bei der die Dienste geleistet werden sollten - überlassen werden. Da nur "zumutbare" Arbeit verlangt werden darf, muß die Beurteilung der Zumutbarkeit durch die Behörde selbst erfolgen - gefordert wurde am Einsatzort das Abladen von Möbeln, zumutbar wären allenfalls Putzarbeiten gewesen ⁴⁾.

Auch wurde die erforderliche Bestimmtheit verneint, wenn in einer Untersagungsverfügung nach der beispielhaften Auf-

1) Vgl. z.B. VGH München, NJW 82, 2570 S.2571.

2) Vgl. BVerwG v. 27.7.82, in: Sammel- u. Nachschlagewerk der Rechtsprechung des BVerwG Nr.316 zu § 37 VwVfG.

3) DÖV 84, 249.

4) Vgl. DÖV 84, 249 S.251.

zählung bestimmter Arbeiten der Zusatz "usw." enthalten ist ¹⁾.

3. Bestimmtheitsfaktor Regelungsgegenstand

Zu fragen ist nun, ob das Maß der rechtsstaatlich geforderten Bestimmtheit für alle Verwaltungsakte formal gleich ist, ob also z.B. ein Verwaltungsakt über Subventionsgewährung genauso bestimmt sein muß wie etwa eine baurechtliche Abrißverfügung oder ein Steuer- oder Haftungsbescheid.

a) Standpunkt der Rechtsprechung

Der BFH ²⁾ entschied z.B., daß ein Gesellschaftssteuerbescheid, in dem für mehrere unaufgegliedert zusammengefaßte gesellschaftssteuerpflichtige Rechtsvorgänge eine einheitliche Steuer festgesetzt wurde, rechtswidrig, da inhaltlich nicht ausreichend bestimmt sei. Das FG Neustadt ³⁾ hielt es für die Bestimmtheit eines Lohnsteuerhaftungsbescheides für erforderlich, daß dieser, wenn der Haftungsschuldner für Lohnsteuern mehrerer Arbeitnehmer haften muß, die Beträge auch dementsprechend aufgeteilt und beziffert sein müssen. Andererseits hielt der BFH ⁴⁾ einen Haftungsbescheid auch dann für ausreichend bestimmt, wenn er sich auf durch verschiedene, getrennte Vorgänge entstandene Steuerschulden bezog, für die mehrere Erstschuldner in Anspruch genommen werden konnten. Schließlich wurde entschieden, daß ein Renten-

1) Vgl. BVerwG v. 16.1.68, DVBl 68, 956 Nr.323.

2) BFH, 2.Senat v. 30.1.80, DB 80, 1476.

3) FG Neustadt v. 27.8.71, Az: 3K 262/80, nicht veröffentlicht, enthalten in: JURIS-Datei, vgl. Fußn.1, S.104.

4) BFH, 7.Senat, nicht veröffentlichtes Urteil v. 9.3.82, Az: VII 47/79, enthalten in: JURIS-Datei, vgl. Fußn.3.

bescheid grundsätzlich nur dann bestimmt genug ist, wenn er Angaben über Betrag, Fälligkeit und Gewährungszeitraum enthält, während bei einer Überleitungsanzeige nach §§ 90, 91 BSHG nicht einmal der Überzuleitende Anspruch beziffert werden muß ¹⁾.

Schon diese wenigen Fälle zeigen, daß die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit nicht an alle Verwaltungsakte formal gleiche Bestimmtheitsanforderungen stellen. Dies wäre auch wenig sachgerecht. Es ist z.B. nicht einsichtig, warum ein Haftungsbescheid Steuerbeträge und zugrundeliegende Sachverhalte genau aufschlüsseln müßte: Der Haftende hat ja für eine fremde Schuld geradezustehen; diese Steuerschuld mußte aber vorher schon notwendigerweise gegen den ursprünglichen Steuerschuldner festgestellt worden sein - und nur hier ist die Angabe und Auftrennung aller maßgeblichen steuerbegründenden Tatsachen notwendig und sinnvoll. Desgleichen gibt es keinen Grund, warum eine Überleitungsanzeige nach §§ 90, 91 BSHG solange nicht erfolgen dürfte, als der zugrundeliegende Betrag noch nicht beziffert werden kann. Andererseits ist sehr wohl verständlich, daß in einem Rentenbescheid genaue und auch bezifferte Angaben erforderlich sind; ergibt sich z.B. im nachhinein, daß die Voraussetzungen der Rentengewährung nicht für den gesamten Zeitraum gegeben waren, so sind für einen rechtmäßigen Rückforderungsbescheid oben genannte Angaben erforderlich; der Adressat kann nur dann nachprüfen, ob ein Rückforderungsbescheid rechtmäßig ist, wenn ihm genau bekannt ist, auf welchen Grundlagen die Gewährung basierte.

1) Vgl. Nachweis bei Kopp, aaO., § 37, Anm .10.

b) Maß der erforderlichen Bestimmtheit

Allein richtig ist also die Ansicht, daß sich Bestimmtheitsanforderungen nicht abstrakt festlegen lassen, sondern sich im einzelnen nach der "Art des VA und den Umständen des Erlasses" ¹⁾ richten. Der Adressat, in dessen Rechte mittels einer behördlichen Verfügung eingegriffen wird, hat zwar das Recht, die zugrundeliegenden rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen zu erfahren, jedoch nur soweit, als dies zur Verteidigung seiner Rechte erforderlich ist ²⁾. So wurde vom Gesetzgeber in § 37 Abs.1 VwVfG bewußt offengelassen, welche Einzelheiten die Behörden beim Erlaß von Verwaltungsakten nennen müssen. Er verwandte dafür den unbestimmten Rechtsbegriff der "hinreichenden" Bestimmtheit ³⁾. Durch diese flexible Ausgestaltung der Norm ist es der Exekutive möglich, den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung zu tragen ⁴⁾. Maßgeblich ist die materiellrechtliche Funktion des Verwaltungsaktes; es sollen klare Rechtsverhältnisse geschaffen werden. Deshalb muß die Verfügung aussagen, auf welcher Rechtsgrundlage sie ergangen ist; des weiteren soll mit einer abschließenden Verfügung die gegenseitigen Rechtspositionen möglichst

1) Kopp, aaO., § 37, Anm.10.

2) Hübschmann/Hepp/Spitaler, aaO., § 121 AO, Anm.2.

3) Hier zeigt sich das ganze Dilemma, in dem wir uns befinden: Der Gesetzgeber kann dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot selbst z.T. nur mit unbestimmten Begriffen Rechnung tragen und ist auf den Beitrag von Rechtsprechung, Lehre und Exekutive zur Erfüllung des Verfassungsgebotes angewiesen. Die fast unübersehbare Fülle der Einzelentscheidungen führt fast zwangsläufig dazu, daß die Lehre von einer umfassenden detaillierten Darstellung der Bestimmtheitsproblematik zurückscheut: In der Literatur der letzten 20 Jahre läßt sich nur der Aufsatz von Stumpp (aaO.) finden, der jedoch ebenfalls nur einen Teilaspekt behandelt.

4) Vgl. VGH Baden-Württemberg, GewA 1980, 393 S.394.

klar aufgezeigt werden. Deshalb ist es z.B. nicht erforderlich, Tatsachen, die für den Erlass des Verwaltungsaktes maßgeblich waren, dann komplett darzustellen, wenn ein justizförmig ausgestaltetes Verwaltungsverfahren vorangegangen ist, in dem sie bereits ausdrücklich erörtert worden waren.

4. Bestimmtheitsfaktor Adressatenkreis

Schon bei der Untersuchung der Frage, welche Auslegungsgrundsätze bei Verwaltungsakten anzuwenden sind, wurde darauf hingewiesen, daß entscheidend ist, wie ein verständiger Adressat den objektiven Erklärungsinhalt der Verfügung auffassen muß ¹⁾.

"Hinreichende Bestimmtheit" im Sinne des § 37 Abs.1 VwVfG ist zwar nach objektiven Kriterien zu beurteilen - anders wäre eine gerichtliche Überprüfung gemäß Art.19 Abs.4 GG nicht möglich - dennoch ist der vom Adressaten geforderte Informationsstand hierbei zu berücksichtigen.

Ergehen z.B. Verwaltungsakte gegen einen Steuerpflichtigen, der ein Handelsgewerbe betreibt und auch buchführungspflichtig nach den Vorschriften der Abgabenordnung ist, so kann die Behörde voraussetzen, daß dem Adressaten alle Verpflichtungen eines Vollkaufmanns - sowohl im Handels- auch im Steuerrecht - bekannt sind. Sie muß ihn beispielsweise nicht darüber aufklären, was "Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung und Bilanzierung" bedeuten, und darf auch voraussetzen, daß er sämtliche einschlägigen gesetzlichen Vorschriften - wie z.B. das Bilanzrichtliniengesetz vom 19.12.1985 ²⁾ - kennt und auch anwenden kann. Handelt es sich dagegen um einen Minderkaufmann,

1) Vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler, aaO., § 119 AO, Anm.2.

2) BGBI I, 2355.

so darf sie dies nicht voraussetzen und muß in einer Verfügung genaue Angaben über Aufzeichnungspflichten oder ähnlichem machen.

Grundsätzlich darf also die Behörde beim Erlaß einer Verfügung von dem Kenntnisstand ausgehen, den bestimmte Normen von ihren Adressaten voraussetzen. So müssen die Normadressaten der Mißbrauchsvorschriften wissen, was "Marktmacht" bedeutet ¹⁾, Körperschaftssteuerpflichtige müssen wissen, welche Vorgänge die Steuerpflicht auslösen, und auf welche Weise sie ihrer Steuerpflicht nachkommen können. Kraftfahrer müssen alle gesetzlichen Vorschriften kennen, die das Verhalten der Verkehrsteilnehmer regeln. So entschied auch der VGH Baden-Württemberg mit Urteil vom 27.11.1979 ²⁾, daß für die inhaltliche Bestimmtheit von Meßanordnungen im Sinne des § 26 BImSchG allein maßgeblich ist, was vom Adressaten an Kenntnissen zu erwarten ist; nach § 26 BImSchG kann die zuständige Behörde vom Betreiber der Anlage die Messung von Emissionen und Immissionen, die von der Anlage ausgehen, durch eine von der zuständigen obersten Landesbehörde bekanntgegebenen Stelle ermitteln ³⁾ lassen. Der VGH vertrat die Meinung, daß der Betreiber einer Anlage im Sinne des § 26 BImSchG nur das wissen müsse, was ihm ermögliche, aus einer amtlich veröffentlichten Liste der Meßstellen eine auszuwählen und dieser einen abgegrenzten Meßauftrag zu erteilen. Für das Meßgutachten müßten auch die im Meßgutachten zu beantwortenden Einzelfragen aufgeführt sein, die der Adressatin selbst aber nicht verständlich zu sein bräuchten. Für die Betreiber seien derartige "Meßanordnungen schon dann hin-

1) Vgl. EuGH, WuW/E EWG/MUV 447 S.464 zum Begriff "beherrschende Stellung" in Art.86 EWGV.

2) GewA 80, 393.

3) Vgl. VGH Baden-Württemberg, GewA 80, 393 S.394.

reichend bestimmt, wenn sie ihnen ermöglichen, bei den amtlich bekanntgegebenen Meßstellen Kostenvoranschläge einzuholen, um den Meßauftrag vergeben zu können. Denn mehr macht ihnen die Meßanordnung nicht zur Pflicht" ¹⁾.

Der subjektive Kenntnisstand bestimmter Verwaltungsaktsadressaten darf die Bestimmtheitsanforderungen grundsätzlich nicht verringern; die staatliche Gewalt darf sich Kenntnisse der Bürger, die in keinem Zusammenhang mit dem Verwaltungsbefehl stehen, nicht zunutze machen, wenn sie sich dadurch rechtsstaatlichen Maximen entzieht. Nur im Einzelfall können derartige Kenntnisse im Rahmen der Auslegung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben dazu führen, daß sich der Bürger dann nicht auf das formale Bestimmtheitsgebot berufen darf, wenn für ihn der Verwaltungsbefehl - zwar nicht aus dem kundgemachten Verwaltungsakt, aber doch in Verbindung mit seinen Kenntnissen - ausreichend klar und eindeutig erkennbar war.

So hat der BGH in einem Amtshaftungsfall, in dem eine vergleichbare Frage im Verhältnis Bürger - Verwaltung zu entscheiden war, die Meinung vertreten, daß grundsätzlich jeder Träger auf Auskünfte eines Beamten vertrauen dürfe. Wenn jedoch ein Architekt von Beamten des Bauamtes eine falsche Auskunft erhält, zugleich jedoch Kenntnis von den zugrundeliegenden Planunterlagen hat, aus denen sich ihm aufgrund seines beruflichen Wissens die Unrichtigkeit offenbaren muß, ist ihm diese Kenntnis zuzurechnen ²⁾.

5. Zulässigkeit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe

Daß die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in Gesetzen verfassungsrechtlich unbedenklich ist und dem

1) VGH Baden-Württemberg, GewA 80, 393 S.394.

2) Vgl. BGH v. 17.4.80, NJW 80, 2576 S.2577.

Bestimmtheitsgebot solange entspricht, als sie den Grundsätzen der Normklarheit und Justitiabilität genügt, wurde bereits ausführlich dargelegt ¹⁾.

Die Grundsätze, die zur zulässigen Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in Gesetzen entwickelt wurden, sind jedoch nicht uneingeschränkt auf behördliche Verfügungen übertragbar, da beiden eine verschiedene Maßnahmequalität innewohnt: Während ein Gesetz Regelungen für eine Vielfalt von Fällen trifft und durch unbestimmte Rechtsbegriffe allgemeine Rechte und Pflichten umschreibt, die durch die Gerichte ausgelegt, ausgefüllt und mittels richterlicher Rechtsfortbildung in ihrer Anwendung weiterentwickelt werden, handelt es sich bei Verwaltungsakten um die konkrete Rechtsanwendung, also die Umsetzung gesetzlicher Vorschriften auf den Einzelfall; deshalb muß die Verfügung auch - genauer als das allgemeine Gesetz - konkrete Rechte und Pflichten nennen und im Einzelfall festlegen ²⁾. Konkret ist der Regelungsinhalt dann nicht mehr, wenn er - ausfüllungsbedürftige - Lücken läßt und verschiedenen subjektiven Beurteilungsmöglichkeiten Raum gibt. ³⁾: Der Adressat kann dann nicht mehr feststellen, ob seine subjektive Auslegung der Meinung der Behörde entspricht; dies liefe dem Gebot der Rechtsklarheit zuwider.

Die Rechtsprechung sah in folgenden Fällen das Bestimmtheitsgebot - unter der Voraussetzung, daß der Verwaltungsakt keine detaillierten Angaben zur Ausfüllung der entsprechenden unbestimmten Rechtsbegriffe machte - als verletzt an:

1) S. oben S.28, 44 f.

2) Vgl. VGH München, NJW 82, 2570 S.2571 f.; OLG Köln, GewA 1971, 131 S.132; OVG Münster, GewA 1976, 66.

3) Vgl. z.B. Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 3.Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1986, S.368 f. m.w.Nachw.

- Die Wiederherstellung eines Weges in der "ursprünglichen Breite" ¹⁾;
- die Verpflichtung zur "vermehrten gründlichen Reinigung des Bürgersteigs" ²⁾;
- die Instandsetzung einer Wohnung, damit sie einen "bewohnbaren Zustand" ³⁾ erhält;
- die Schaffung von Stellplätzen auf einem Grundstück bzw. "in dessen Nähe" ⁴⁾;
- zu bewerkstelligen, daß ein Ventilator "geräuscharm arbeitet" ⁵⁾;
- "angemessene Sicherheitsleistung" ⁶⁾ und schließlich der Begriff
- "eigentliche Betriebsarbeiten" ⁷⁾.

Als weitere Beispiele derartiger subjektiver Bewertung offener Rechtsbegriffe werden genannt: "angemessen, ausreichend, erforderlich, erträglich, gründlich, notwendig, ordnungsgemäß, übermäßig, vorübergehend, zumutbar" ⁸⁾.

Festzuhalten bleibt aber, daß unbestimmte Rechtsbegriffe in Verwaltungsakten dann verwendet werden dürfen, wenn sie nach objektiven Kriterien ausgelegt werden können und zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Die Verwaltungsbehörde hat aber - im Gegensatz zum Gesetzgeber - kein unbeschränktes Ermessen, ob und wieviele unbestimmte Rechtsbegriffe sie in einer Verfügung verwendet. Sie hat sich grundsätzlich um die Konkretisierung zu bemühen. Maßstäbe sind auch hier der Adressatenkreis und die Art des Regelungsgegenstandes: Je höher der erwartbare Kennt-

1) ProVGE 28, 202 S.206.

2) ProVGE 55, 267 S.268.

3) ProVGE 77, 457 f.

4) VGH Bremen, DÖV 56, 216 f.

5) OVG Münster, OVG 16, 263 S.270.

6) BFH v. 31.10.73, BStBl II 1974, 118.

7) VGH München, NJW 82, 2570.

8) VGH München, NJW 82, 2570 S.2572 mit Hinw. auf Ule/Laubinger, aaO., S.248-250, 2. Aufl. 1979.

nisstand des Adressaten und je komplexer der Inhalt der Verfügung sein muß, desto eher ist die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auch hier erlaubt.

6. Bestimmtheitsfaktor Angabe des Mittels?

a) Ausreichende Bestimmtheit durch Angabe des Verfügungszieles

Nach h.M. in Rspr. und Literatur muß eine behördliche Anordnung, um ausreichend bestimmt zu sein, das mit ihr verfolgte Ziel klar erkennen lassen ¹⁾. Streitig ist jedoch immer noch, ob das Bestimmtheitsgebot auch die Angabe des Mittels erfordert, das zur Erreichung dieses Ziels dient ²⁾. Vor Einführung des § 41 Abs.2 PrPVG war das ProVG der Meinung, daß lediglich das Ziel genannt werden müsse; nach diesem Zeitpunkt wurde auch die Angabe des Mittels für notwendig befunden. Es ist aber nicht ersichtlich, daß § 41 Abs.2 PrPVG ein allgemeiner Verwaltungsgrundsatz geworden sei ³⁾; weder der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung, noch § 37 Abs.1 VwVfG gebieten die Angabe des Mittels ⁴⁾.

Zwar hat der BayVGH für den Bereich des bayerischen Polizeirechts ausgeführt, daß auch die Angabe des Mittels notwendig sei ⁵⁾. Das BVerwG vertritt jedoch die Meinung, daß etwa vom Betreiber einer technisch komplizierten Anlage im Sinne des BImSchG erwartet werden könne, daß er sich selbst - teils auch unter Zuhilfenahme von Sachverständigen - um ein Mittel kümmere, mit dem er behörd-

1) Vgl. z.B. VGH Bremen, DÖV 56, 217; OVG Münster, JZ 61, 758; Forsthoff, aaO., S.249; Stumpp, aaO., S.330.

2) Vgl. z.B. Schwarze, in: Knack, aaO., § 37, Anm.3.1.1; Stumpp, aaO., S.330 m.w.Nachw.; Obermayer, aaO., § 37, Anm.15.

3) So Stumpp, aaO., S.331.

4) Vgl. Schwarze, in Knack, aaO., § 37, Anm. 3.1.1.

5) Vgl. BayVGH, BayVBl 67, 171.

liche Meßanordnungen erfüllen könne ¹⁾.

Der VGH Mannheim stellt sich auf den Standpunkt, daß eine behördliche Anordnung, die Lärmverursachung in der Nachbarschaft über eine bestimmte Lautstärke hinaus untersagt, ausreichend bestimmt sei ²⁾.

Ein Planfeststellungsbeschluß, in dem eine U-Bahn-Trassenführung beurteilt wurde, und in dem die Behörde die Beschränkung von Geräuschen und Erschütterung auf das technisch vertretbare Maß verlangte, sah das BVerwG ebenfalls als ausreichend bestimmt an ³⁾.

Streitig ist auch nach wie vor, ob die Behörde, wenn sie verschiedene Mittel angibt, dem Betroffenen die Wahlmöglichkeit lassen darf. Dies bejaht der VGH Mannheim: Es sei zulässig, mehrere Möglichkeiten aufzuzeigen, Schallschutzmaßnahmen auszuführen und Fachfirmen zu nennen, die diese ausführen können ⁴⁾. Das BVerwG hielt dagegen die Nennung möglicher Mittel, die die Überschreitung eines bestimmten Immissionswerts verhindern könnten, für überflüssig ⁵⁾.

Richtig dürfte wohl folgende Lösung sein: Die Angabe des Mittels ist jedenfalls bei Verboten - zum Schutz des Adressaten - nicht erforderlich ⁶⁾. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann es sogar im Gegenteil gebieten, daß dem Verbotsadressaten freigestellt wird, auf welchem Wege und mit welchen Mitteln er dieses Verbot

1) Vgl. BVerwG, NJW 71, 1475; s. a. VGH Mannheim GewA 80, 393 S.394.

2) Vgl. VGH Mannheim, GewA 70, 159.

3) Vgl. BVerwG, BayVBl 66, 348 S.349; 66, 22 S.25.

4) Vgl. VGH Mannheim, GewA 70, 159.

5) Vgl. BVerwGE 31, 15 S.18; vgl. zur Wahlmöglichkeit auch Berner, Polizeiaufgabengesetz, Art.5, Anm.10, 9.Aufl., München 1985.

6) Vgl. Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO., § 37, Anm.12; Stupp, aaO., S.331 f.

befolgt. Bei Geboten kann es jedoch erforderlich sein, daß die Behörde das Mittel angibt; jedenfalls dann, wenn die Herbeiführung des gewünschten Zustandes - z.B. eine Gefahrenbeseitigung - die Anwendung bestimmter Mittel erfordert, oder solche vorgeschrieben sind, sowie dann, wenn dem Adressaten aus besonderen Gründen nicht zumutbar ist, das Mittel selbst auszuwählen ¹⁾.

b) Auswirkungen auf die Vollstreckungsfähigkeit

Zwar ist - insbesondere bei Verboten - nicht ersichtlich, warum die Angabe des Mittels zur Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes im Interesse des Betroffenen erforderlich sein solle, die Fehlerhaftigkeit kann sich aber aus besonderen Interessen der Verwaltung ergeben: Die Unbestimmtheit bzw. Nichtangabe des Mittels könnte dazu führen, daß der Verwaltungsakt als nicht vollstreckbar angesehen wird ²⁾.

Da die Bezeichnung des Mittels aber nur für die Vollstreckung - besonders für die Ersatzvornahme - erforderlich ist, muß sie auch erst zu diesem Zeitpunkt, d.h. vor Beginn des Einsatzes von Zwangsmitteln, erfolgen: Dies ergibt auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und deren Fortsetzung durch den BGH zur Bestimmtheit zivilprozessualer Leistungsurteile im Bereich des Immissionsschutzrechtes. Beiden genügt ein allgemein gefaßter Tenor: So hält der BGH den Tenor für ausreichend, "Allgemeinstörungen bestimmter Art, beispielsweise durch Geräusche, Gerüche zu unterlassen ³⁾." In keiner Ent-

1) Vgl. Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO., § 37, Anm.12; Obermayer, aaO., § 37, Anm.15.

2) Vgl. z.B. VGH Bremen, DÖV 56, 216 S.217; OVG Münster, OVG 9, 98 S.103; VGH München, NJW 82, 2570 S.2571; Stelkens/Bonk/Leonhardt, § 37, Anm.12.

3) BGH, LM 906 BGB Nr.5, Ls a); s.a. RGZ 60, 120 S.121.

scheidung wurde die Angabe des Mittels gefordert. Kann die Durchsetzung eines Leistungsurteils aber ohne Angabe des Mittels erfolgen, so muß dies auch für Verwaltungsakte, die ein bestimmtes Ge- oder Verbot aussprechen, gelten.

Leistungsurteile - und ebenso Verwaltungsakte - sind also auch ohne Angabe des Mittels vollstreckbar. Zunächst ist zwischen der Vollstreckung vertretbarer bzw. unvertretbarer Handlungen oder Unterlassungen zu unterscheiden. Der Vollstreckung von Leistungsurteilen gemäß § 887 ZPO für vertretbare Handlungen entspricht die Ersatzvornahme nach § 10 VwVG bzw. der entsprechenden Landesvorschriften, also z.B. Art.31 des Bayerischen VwZVG - diejenigen von nicht vertretbaren Handlungen nach § 888 ZPO entspricht die Zwangsgeldanordnung nach § 11 VwVG bzw. Art.32 VwZVG. Auch die oben genannten allgemeingefassten Leistungsurteile waren nach der Rspr. gemäß § 887 ZPO zu vollstrecken. In diesem Stadium muß der Gläubiger - bei Verwaltungsakten also die Behörde - genau darlegen, welche Handlung vorgenommen werden soll bzw. was zu unterlassen ist ¹⁾.

Eine Möglichkeit, bei der sich die Bezeichnung des Mittels erübrigt, sieht Stumpp ²⁾ darin, alle Handlungen, deren Durchführung Sachkenntnisse verlangt, unter die Gruppe der nicht vertretbaren Handlungen einzuordnen und die Vollstreckung mittels Androhung von Zwangsgeld durchzuführen. In dieser Pauschalität kann dem nicht zugestimmt werden: Es ist nicht einzusehen, warum sich die Behörde, nur weil sie die Anwendung z.B. komplizierter technischer Möglichkeiten oder die Durchführung schwieriger Berechnungen scheut, sich über den Gesetzestext des § 10 VwVG hinwegsetzen können soll. Dies würde dazu

1) Vgl. Stumpp, aaO., S.332.

2) aaO., S.332.

führen, daß die Behörde, selbst wenn sie das Mittel angeben könnte und die Zwangsvollstreckung erfolglos geblieben ist, eine Ersatzvornahme nicht mehr durchführen kann ¹⁾.

Schwierigkeiten bereitet die Frage nach der Abgrenzung zwischen vertretbarer Handlung (vgl. § 887 ZPO) und unvertretbarer (vgl. § 888 ZPO). Als vertretbar wird sie dann bezeichnet, wenn dem Gläubiger - also der Behörde - gleichgültig ist, wer sie ausführt ²⁾, unvertretbar ist eine Handlung, deren Ausführung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt ³⁾. Die Grenzen sind fließend. Auch kann eine normalerweise vertretbare Handlung im Einzelfall dann unvertretbar sein, wenn es dem Gläubiger bzw. der Behörde darauf ankommt, daß der Schuldner selbst handelt ⁴⁾.

Kann nicht eindeutig ermittelt werden, ob eine vertretbare oder unvertretbare Maßnahme vorliegt, muß zunächst versucht werden, das Ziel auf dem Wege des § 887 ZPO bzw. der Ersatzvornahme zu erreichen. Dies gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Führt dieser Weg nicht zum Ziel, steht jedoch der Rückgriff auf § 888 ZPO bzw. die Verhängung von Zwangsgeld offen ⁵⁾.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß die Vollstreckbarkeit selbst keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für Verwaltungsakte bildet. Das Bestimmtheitsgebot des § 37 Abs.1 VwVfG bezieht sich daher auch nicht

1) Vgl. Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO., § 37, Anm.12.

2) Vgl. Hartmann in: Baumbach/Lauterbach, Zivilprozeßordnung, § 887, Anm.2B, 42.Aufl., München 1984.

3) Vgl. Hartmann in: Baumbach/Lauterbach, aaO., § 888, Anm.1A.

4) Vgl. OLG Köln, BB 81, 393 m.w.Nachw.

5) Vgl. Hartmann in: Baumbach/Lauterbach, aaO., § 887, Anm.2B.

auf die vollstreckungsrechtlichen Elemente, etwa die Angabe des Mittels; fehlt diesbezüglich die notwendige Klarheit und Eindeutigkeit, so führt dies lediglich dazu, daß der Verwaltungsakt nur in bestimmter Weise - oder gar nicht - vollstreckt werden kann ¹⁾. Die Rechtmäßigkeit der Verfügung selbst bleibt davon unberührt, so kann sie auch nicht nachträglich aus diesem Grund von den Gerichten für rechtswidrig erklärt werden, wenn der Adressat dem Verwaltungsbefehl freiwillig nachgekommen ist.

7. Bestimmtheitsfaktor Praktikabilität

Der Grad der Bestimmtheit kann sich auch danach bemessen, was zur Zeit des Erlasses der Verfügung aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten möglich war ²⁾. So stellte auch der BayVGH im Beschluß vom 30.3.1984 ³⁾ klar, "daß die Unbestimmtheit der Verfügung angesichts der Kompliziertheit des Genehmigungsgegenstandes in der Natur der Sache liegt und bis zu einem gewissen Grad unvermeidlich ist ⁴⁾."

Ob und inwieweit ein solcher Abschlag aus praktischen Erwägungen bei den Bestimmtheitsanforderungen gemacht werden darf, und bis zu welcher Grenze dies toleriert werden kann, ist nur am konkreten Einzelfall überprüfbar; generelle Maßstäbe können dafür nicht gegeben werden.

8. Bestimmtheitsfaktor Bußgeldbewehrung ⁵⁾

Wie die meisten Verwaltungsakte im öffentlichen Wirtschaftsrecht, so sind auch kartellrechtliche Unter-

1) Vgl. BayVGH, BayVB1 80, 51 S.53.

2) Vgl. Kopp, aaO., § 37, Anm.10; Schwarze in: Knack, aaO., § 37, Anm.3.1.1; VGH Baden-Württemberg, GewA 80, 393 S.394.

3) DÖV 84, 1027.

4) BayVGH, DÖV 84, 1027 S.1027.

5) Vgl. dazu auch Kirchhof, aaO., S.319.

sagungsverfügungen in der Regel bußgeldbewehrt ¹⁾.

Die unterschiedliche Funktion von Verwaltungs- und Strafrecht werfen aufgrund des Gewaltenteilungsprinzips jedoch Probleme auf: Während die Exekutive in erster Linie Regelungen im Bereich der Verwaltung zu treffen und deren Vollzug zu gewährleisten hat, ist die Durchsetzung der strafrechtlichen Normen generell Aufgabe der Strafjustiz ²⁾.

Die Exekutive erläßt im Normalfall Verwaltungsakte, die aufgrund ihrer Tatbestands- und Feststellungswirkung als Grundlage der Durchsetzung von Verwaltungsbefehlen dienen. Der Verwaltungsakt wirkt im Bereich des Verwaltungsvollstreckungsrechts wie ein Titel. So bestimmt etwa § 3 Abs.2 VwVG, daß der Leistungsbescheid Voraussetzung für die Einleitung der Vollstreckung ist, von § 6 Abs.1 VwVG, daß die Zwangsmittel des § 9 VwVG zur Durchsetzung von bestandskräftigen Verwaltungsakten angewandt werden können. Alle Maßnahmen - auch die Vollstreckung - erfolgen im Bereich der Exekutive und aufgrund verwaltungsrechtlicher Vorschriften.

§ 38 GWB eröffnet jedoch den Behörden die Möglichkeit, neben/statt des Verwaltungszwanges das Mittel der Bußgeldverhängung einzusetzen ³⁾.

1) Vgl. dazu Arnhold, Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte, Frankfurt 1978, S.3 f. mit Beispielen aus verschiedenen Rechtsgebieten.

2) Vgl. Berg, Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte unter besonderer Berücksichtigung des Wirtschaftsverwaltungsrechts in: WiVerw 82/3, 169 S.174 f.

3) Vgl. § 13 IV S.1 VwVG; Art.36 VI S.1 VwZVG. Die dort festgesetzten Höchstgrenzen sind jedoch zu niedrig, um den Zwangsmitteln gegenüber marktstarker Unternehmen zum Erfolg verhelfen zu können; deswegen wird regelmäßig das Bußgeld das richtige Mittel sein. Prinzipiell wäre jedoch - bei entspr. Höchstgrenzen - der Verwaltungszwang erfolgversprechender: er kann fortwährend solange ausgeübt werden, bis das Ziel, nämlich die Befolgung des Verwaltungsbefehls, erreicht ist. Das Bußgeld hingegen ist zwar bei einem Verstoß gegen die Verfügung verwirkt, ihren gesetzlichen Auftrag, das mißbräuchliche Verhalten der Adressaten abzustellen, hat die Behörde damit jedoch nicht erreicht; die abschreckende Funktion des Bußgeldes ist in diesem Fall offensichtlich wirkungslos verpufft.

Die Besonderheit von Strafbewehrungen liegt generell darin, daß die Sanktion ein bestimmtes Täterverhalten, nämlich die Nichtbefolgung eines bestandskräftigen Verwaltungsaktes voraussetzt, und daß im Streitfall der Strafrichter zu entscheiden hat, ob eine Ordnungswidrigkeit begangen wurde. Hierbei muß er nicht nur die rechtswidrige und schuldhaftige Handlung des Täters beurteilen, sondern auch die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes, da er weder an die Feststellungen der Behörden noch die der Verwaltungsgerichtsbarkeit gebunden ist ¹⁾. Zwar ist im Bereich der Preismißbrauchsaufsicht für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Untersagungsverfügungen nicht das Verwaltungsgericht, sondern das OLG gemäß § 62 Abs.4 GWB zuständig und im gerichtlichen Bußgeldverfahren ebenfalls das OLG gemäß § 82 GWB - und zwar jeweils der Kartellsenat; für letzteres Verfahren sind die Vorschriften der StPO und des OWiG maßgeblich ²⁾; diese doppelte Zuständigkeit der Kartellsenate ändert jedoch nichts an der Problematik, daß die Rechtmäßigkeit der Verfügung in verschiedenen Verfahren nach unterschiedlichen Verfahrensordnungen überprüft wird.

Für die Beurteilung der Bestimmtheitsanforderungen kommt es darauf an, ob aufgrund der Bußgeldbewehrung und deren unterschiedlichen Beurteilungskriterien der Adressat schutzwürdiger und schutzbedürftiger ist und folglich genauer als bei nicht bußgeldbewehrten Verfügungen von der Behörde erfahren muß, welchen Inhalt der Verwaltungsbefehl hat:

Ist der Verwaltungsakt nichtig, so entfaltet er auch keine Tatbestandswirkung und kann weder ein Bußgeld noch

1) Vgl. Berg, aaO., S.170.

2) Vgl. dazu Bechtold, aaO., S.339 ff.

eine sonstige Strafsanktion nach sich ziehen ¹⁾. § 43 Abs.3 VwVfG bestimmt ausdrücklich die Unwirksamkeit eines nichtigen Verwaltungsaktes. Insofern ist also anerkannt, daß trotz der strafrechtlichen eigenständigen Beurteilungsmaßstäbe die rechtliche Beurteilung des Verwaltungsaktes relevant ist.

Streitig ist aber, ob ein Verstoß gegen rechtswidrige Verfügungen Strafsanktionen auslösen kann: Die h.M. ²⁾ geht davon aus, daß ein Verstoß gegen einen wirksamen und vollziehbaren Verwaltungsakt durchaus Sanktionen auslösen kann, da dem Bürger die Befolgung von Verwaltungsbefehlen zuzumuten ist, selbst wenn Zweifel an der Rechtmäßigkeit bestehen. "Dies gebieten die berechtigten Bedürfnisse der staatlichen Ordnung, die auch ein Anliegen der Allgemeinheit sind, und denen sich jeder einsichtige Bürger, der Ordnung und Sicherheit wünscht, beugen muß" ³⁾. Auf die Strafbarkeit haben demnach weder die nachträgliche Aufhebung der Verfügung noch die Beseitigung der Vollziehbarkeit Bedeutung ⁴⁾.

Allerdings muß der strafbewehrte Verwaltungsakt nach h.M. vollziehbar sein, und zwar unabhängig davon, ob ein Rechtsmittel eingelegt wurde oder nicht. Ein Grund für das Erfordernis der Vollziehbarkeit als Voraussetzung für die Verhängung von Sanktionen ist weder rechtssystematisch noch rechtsdogmatisch zu finden: Es macht prinzipiell keinen Unterschied, ob nur vorläufige Unwirksamkeit aufgrund des Suspensiveffektes oder endgültige durch ex-tunc-Aufhebung aufgrund eines Urteils besteht.

1) Vgl. Gerhards, Die Strafbarkeit des Ungehorsams gegen Verwaltungsakte in: NJW 78, 86 S.89.

2) Zur abweichenden Meinung vgl. den Überblick bei Berg, aaO., S.172 f.

3) BGH, NJW 69, 2023; vgl. auch OLG Hamburg, NJW 80, 1007 S.1008.

4) Vgl. OLG Karlsruhe, NJW 78, 116 f.

Erklärt wird dies mit praktischen und psychologischen Gründen: "Ein Verwaltungsakt, der noch nicht einmal vollstreckt werden kann, ist erfahrungsgemäß anfälliger für eine Aufhebung im Rechtsschutzverfahren als ein bereits vollziehbarer Verwaltungsakt" ¹⁾.

Vollziehbarkeit eines Verwaltungsaktes bedeutet, daß Vollstreckungsmaßnahmen vorgenommen werden können, d.h. daß die zusätzlichen besonderen Erfordernisse des Verwaltungsvollstreckungsrechtes vorliegen müssen ²⁾; sie ist also Voraussetzung der Vollstreckbarkeit. Ist eine behördliche Verfügung wegen mangelnder Bestimmtheit nicht vollziehbar, kann sie schon deswegen keine Sanktionen auslösen, da die Vollstreckung nicht möglich ist. Oben ³⁾ wurde aber aufgezeigt, daß die mangelnde Bestimmtheit bezüglich der Angabe des Mittels - sofern das Ziel genau bezeichnet ist - keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung ist, sondern nur Einfluß auf die Vollstreckbarkeit hat. Ist der Verwaltungsakt diesbezüglich zu unbestimmt, kann er nicht vollstreckt werden. Die Frage der Bestimmtheit des Mittels und damit auch der Vollstreckungsfähigkeit stellt sich also nur unter der Voraussetzung, daß Vollziehbarkeit vorliegt. Gibt dagegen ein Verwaltungsbefehl bereits das Ziel nicht klar an, so verstößt er gegen § 37 Abs.1 VwVfG - dann ist ohnehin jeder Verwaltungsakt unabhängig davon, ob er strafbewehrt ist oder nicht, rechtswidrig.

Somit hat die Strafbewehrung auch keinen Einfluß auf die Bestimmtheitsanforderungen.

1) Berg, aaO., S.178.

2) Vgl. BVerwG, NJW 82, 348.

3) Teil III, S. 124 ff.

B. Bestimmtheit von Preismißbrauchsverfügungen gemäß
§§ 22 Abs.4, 5, 26 Abs.2, 3 i.V.m. 37a Abs.2, 37a Abs.3 GWB

I. Kartellverwaltungsakte auf der Grundlage des
§ 37a Abs.3 GWB

Die bisher erlassenen Verfügungen aufgrund des § 37a Abs.3 GWB beschäftigen sich, soweit ersichtlich, alle mit der Untersagung von Untereinstandspreisverkäufen. Hier tauchen spezifische Bestimmtheitsprobleme auf, so die Frage nach der Definition von Einstands-, Einkaufs- und innerbetrieblichem Rechnungspreis sowie der Marktabgrenzung ¹⁾.

1. Kartellrechtliche Beurteilung von Untereinstandspreisverkäufen

Bevor jedoch Einzelheiten der Verfügungen geprüft werden können, muß geklärt werden, ob § 37a Abs.3 GWB derartige Verfügungen deckt: Der Wettbewerb mit Verlustpreisen war bisher im wesentlichen ein zivilrechtliches Problem, das mit Hilfe des UWG bewältigt werden sollte. Kartellrechtlich sind übermäßige Verlustpreisunterbietungen dann von Bedeutung, wenn dadurch die Basis für einen funktionsfähigen Wettbewerb beseitigt wird. Die Kartellbehörden müssen einschreiten, wenn der Preiswettbewerb vorhandene Wettbewerbsstrukturen zerstören oder zumindest langfristig zu beeinträchtigen versucht. Zwar wird in der Literatur auch nach der Novelle 1980 immer noch von manchen bestritten ²⁾, daß das GWB dazu ermächtigt. Die

1) S. dazu z.B. Gabriel, Mißbrauch wirtschaftlicher Macht: Kriterien, Verfahren, Maßnahmen in: WuW 68, 581; Lademann, Schutzzweck- und Rechtstatsachenprobleme bei der Untersagung von Verkäufen unter dem Einstandspreis nach § 37a Abs.3 GWB in: DB 84, 758; Ulmer, aaO.; Kirchhof, aaO., S.313 ff.

2) Vgl. insbes. Ipsen, aaO.

Rechtsprechung sieht jedoch in der übermäßigen Verlustpreisunterbietung durch zumindest relativ starke Unternehmen gerade den typischen Fall des Behinderungswettbewerbs ¹⁾.

In der Beschlußempfehlung wurden die neuen §§ 26 Abs.2, 3 und 37a Abs.3 GWB unter der Überschrift "Sicherung des Leistungswettbewerbs" ²⁾ erläutert. Der Leistungswettbewerb gehörte von Anfang an zu den erstrebten Zielen des GWB, was durch die Novelle 1973 und 1980 noch deutlicher zum Ausdruck gebracht wurde. Findet dauerhafter wettbewerbsstrukturverschlechternder Verlustpreisverkauf durch marktmächtige Unternehmen statt, so ersetzen diese Leistungsdruck durch Marktmacht. Wettbewerber ohne Marktmacht können dem nichts entgegensetzen und müssen auf Dauer gesehen ausscheiden. Nimmt dieser Wettbewerb ein solches Ausmaß an, daß die strukturellen Bedingungen für einen wirksamen Wettbewerb bedroht werden, so besteht jedenfalls dann eine ordnungspolitische Legitimation für die Kartellbehörden, dagegen einzuschreiten ³⁾.

Dem Prinzip des Leistungswettbewerbes kommt also die Aufgabe zu, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu erhalten, da die Vorstellungen des laissez-faire nicht mehr zum richtigen Marktergebnis führen können. Unbestreitbar ist allerdings, daß Beurteilungskriterien wie "leistungsgerecht" und "leistungswidrig" für Zwecke des Einschreitens der Kartellbehörden wegen ihrer Unbestimmtheit problematisch sind: Sie eröffnen einen Bewertungsspielraum, der wiederum zu Auslegungs- und Anwendungs-

1) So z.B. OLG München, WuW/E OLG 2738 "Wertkauf"; KG WuW/E OLG 2620 S.2622 f. "Vergaserkraftstoff-Abgabepreise".

2) Bundestag, aaO., S.28.

3) Vgl. Kramm, Verlustpreisunterbietung durch Verkauf unter Einstandspreis in: MA 1983, 46 S.47.

problemen führt ¹⁾. Dies darf aber dann nicht zur Nichtanwendung führen, wenn diese Beurteilungsspielräume mit den dem konkreten Regelungszusammenhang des GWB zu entnehmenden Grundsätzen des Leistungswettbewerbes ausgefüllt werden können.

2. Zulässigkeit der Untersagung leistungswidriger Verlustpreisunterbietung

Die Kartellbehörden können gegen machtbedingte Verdrängungspraktiken im Horizontalverhältnis nach § 37a Abs.3 GWB vorgehen und ein Verhalten untersagen,

- das kleinere und mittlere Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert und
- geeignet ist, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen.

§ 37a Abs.3 GWB richtet sich aber nur gegen solche Unternehmen, die

- aufgrund ihrer gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegenen Marktmacht,
- die Marktverhältnisse wesentlich beeinflussen können.

Die Behörde muß also in zwei Stufen vorgehen: Zunächst ist festzustellen, ob das betreffende Unternehmen unter den Adressatenkreis fällt - anschließend sind die verhaltensbezogenen Eingriffsvoraussetzungen zu prüfen ²⁾.

Für die hier zu behandelnde Fragestellung soll vorab lediglich die verhaltensbedingte Eingriffsvoraussetzung der unbilligen Behinderung untersucht werden: Danach kann der Preis als wesentlicher Wettbewerbsfaktor in

1) Vgl. Kramm, aaO., S.48.

2) Vgl. Ulmer, aaO., S.487 ff.; Lademann, aaO., S.758 f.

beliebiger Höhe eingesetzt werden, solange die Kalkulation auf der Basis der unternehmerischen Leistungserstellung erfolgt. § 37a Abs.3 GWB will also kleine und mittlere Wettbewerber nicht vor solchen Aktionen marktmächtiger Konkurrenten schützen, die ihnen nach objektiven Kriterien genauso offenstünden, also z.B. Kosteneinsparungen durch Rationalisierung, Weitergabe von Mengenrabatten, die die Zulieferer grundsätzlich allen Abnehmern gewähren usw. Erhält das marktmächtige Unternehmen dagegen von seinen Lieferanten Sonderkonditionen, etwa weil diese abhängig sind, oder aufgrund direkter oder indirekter kapitalmäßiger Verknüpfungen, so basiert der Preis nicht auf Leistung, sondern auf Marktmacht. Dem können kleine und mittlere Wettbewerber nichts entgegensetzen. Der Einsatz so erlangter Preisvorteile ist nach der gesetzgeberischen Wertung "unbillig" ¹⁾.

Nimmt ein Wirtschaftssubjekt durch langandauernde Verkäufe unter Einstands- bzw. Selbstkostenpreise - ohne sachlich gerechtfertigten Grund ²⁾ - bewußt erhebliche Verluste in Kauf, so ist dies - rationales Handeln unterstellt - nur unter Einsatz von machtbedingten Vorteilen möglich: Entweder ermöglicht es die Finanzkraft, Verluste hinzunehmen: Dies ist nur dann sinnvoll, wenn Konkurrenten verdrängt werden sollen, um danach die Preise wieder anzuheben.

Auch nach Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der grundsätzlich freiheitlichen Zielsetzung des GWB ³⁾, sind übermäßige Verkäufe unter Ein-

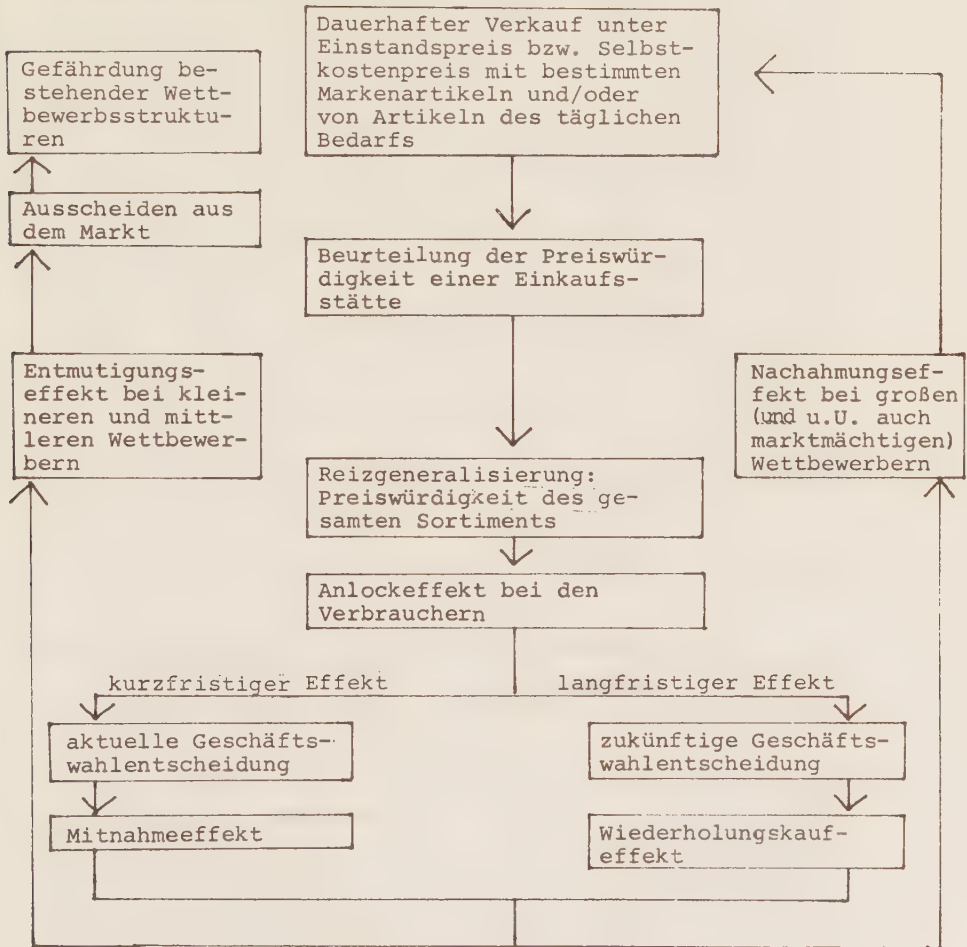
1) Vgl. Kramm, aaO., S.48.

2) z.B. bei verderblichen oder modischen Waren etc.

3) Das GWB verbietet ja nicht schlechthin den Einsatz von Marktmacht, sondern nur deren Mißbrauch unter bestimmten Voraussetzungen, vgl. S.55 ff.; vgl. auch BKartA, 9.Beschlußabt v. 5.5.83, Az: B9 - 712000-T-1019/81 - "coop" = WuW/E BKartA 2029 S.2036.

standspreis (bzw. Selbstkosten) als mißbräuchlich anzusehen. Dies ergibt sich aus dem Hypothesensystem, das auch den Untersagungsverfügungen zugrundeliegt (vgl. Abb.1).

Typische Effekte von langfristigen Verkäufen unter Einstandspreis ¹⁾.



1) Das Schema baut auf das von Lademann (aaO., S.763) - von ihm selbst allerdings als unvollständig und einseitig bezeichnet - und den Ausführungen von Kramm, aaO., S.48 f. auf.

Die Verkäufe unter Einstandspreis bzw. Selbstkostenpreis werden in der Regel mit Markenartikeln und Waren des täglichen Bedarfs durchgeführt, die dem Verbraucher bekannt sind; wegen der großen Preistransparenz erkennt er den besonders niedrigen Preis und überträgt ihn in seinen Vorstellungen auf das gesamte Angebot. "Dabei kommt es über die Verallgemeinerung der Preiswürdigkeit der Sonderangebote für das gesamte Sortiment zum Anlockeffekt durch Untereinstandspreis-Sonderangebote sowie darüber hinaus auch zum sog. Mitnahme- und Wiederholungskaueffekt"¹⁾. Der Verbraucher differenziert bei seiner Lebensmittelversorgung zwischen kurz- und langfristigem Bedarf; ersterer wird vor allem in Nachbarschaftsgeschäften gedeckt, letzterer dagegen häufig in sog. Großbetriebsformen, bei denen Service, Bedienung und Aufmachung im Hintergrund, die Preise dagegen als Werbemittel im Vordergrund stehen. Der Anlockeffekt der Untereinstandspreisverkäufe gliedert sich in einen kurz- und einen langfristigen Effekt: Der kurzfristige läßt Bedarfsverschiebungen von der Nachbarschaftsversorgung hin zur Großbetriebsversorgung entstehen, die wiederum langfristig zum Wiederholungskaueffekt als Gewohnheitskauf führt²⁾. Konkurrierende große Wettbewerber beantworten den von Untereinstandspreisverkäufen ausgehenden Konkurrenzdruck durch gleichartige Maßnahmen. Solange unmittelbare Wettbewerbsbeziehungen bestehen, entwickelt die Verlustpreisstrategie eine Sogwirkung, der sich relativ marktmächtige Unternehmen ohne Verlust von Marktanteilen nicht entziehen können. Werden aber Nachahmungsaktionen eingeleitet, so ist keiner der Wettbewerber in der Lage, von sich aus die Preiswettbewerbstaktik zu beenden. Gleich-

1) Lademann, aaO., S.763; vgl. auch BKartA, WuW/E BKartA 2029 S.2038 f.

2) Vgl. Lademann, aaO., S.763.

zeitig führt diese Entwicklung dazu, daß weniger finanzkräftige mittlere und kleinere Wettbewerber nicht mithalten können. Über kurz oder lang werden sie - wenn es ihnen nicht gelingt, in einer anderen Marktnische Fuß zu fassen - entmutigt und zur Aufgabe gezwungen ¹⁾. Festzuhalten bleibt also, daß Verkäufe unter Einstandspreis nicht durch leistungsbezogene Absatzbemühungen und Absatzinteressen von relativ marktmächtigen Unternehmen gerechtfertigt sind. In dieser Situation gibt es keinen freien Wettbewerb mehr, der die Marktstrukturen aus sich selbst heraus sichern könnte. Vielmehr führen solche Praktiken allenfalls zu einem "Wettbewerb" der Oligopolisten, die sich entweder durch Absprachen auf ein Einfrieren der preispolitischen Maßnahmen einigen, oder von denen nur einige bzw. im Extremfall nur ein einziger überlebt. Somit sind die Kartellbehörden zum Einschreiten gegen die beschriebenen aggressiven Preisgestaltungen als typische Fälle leistungswidriger Behinderungen gemäß § 37a Abs.3 GWB legitimiert.

II. Überprüfung der Kaufmarkt-Entscheidungen

Der Kaufmarkt-Fall bietet sich für die Überprüfung der Bestimmtheitsanforderungen an Kartellverwaltungsakte deshalb an, weil die Verfügung der Landeskartellbehörde nur aus Gründen mangelnder Bestimmtheit sowohl vom OLG München als auch vom BGH für rechtswidrig erachtet wurde, deren Urteile Signalwirkung für die weiteren Maßnahmen der Kartellbehörden hatten, die nach kurzer Zeit die Preismißbrauchskontrolle gemäß § 37a Abs.3 GWB einstellten. Hinzukommt, daß bei § 37a Abs.3 GWB die umstrittenen Fragen nach dem Verbot eines bestimmten Preises und nach

1) Vgl. Kramm, aaO., S.51; BKartA, WuW/E BKartA 2029 S.2040.

der Zulässigkeit der Bestimmung einer Preisober- bzw. -untergrenze anders als bei Verfügungen nach §§ 22 Abs.4, 5 und 26 Abs.2, 3 i.V.m. 37a Abs.2 GWB nicht auftauchen, so daß die Fallprüfung noch überschaubar bleibt. Schließlich sind die so aufgetretenen Bestimmtheitsprobleme begrenzt, so daß auch für diesen Einzelfall konkrete Lösungsvorschläge aufgezeigt werden können.

1. Auslegungsgrundlage

Der Tenor der Kaufmarkt-Verfügung lautet:

"Der Betroffenen wird untersagt, kleine und mittlere Wettbewerber dadurch unbillig zu behindern, daß sie Waren aus den Warengruppen Alkoholfreie Getränke, Bier, Speisefette, Nahrungsmittel, Kaffee/Kakao, Schokolade, Spirituosen/Sekt, Waschmittel unter oder zum jeweils geltenden Einkaufspreis, zuzüglich Umsatzsteuer anbietet oder verkauft" ¹⁾.

a) Behandlung der Auslegungsfrage durch die Gerichte

Das OLG erwähnte gleich zu Beginn seiner Gründe, daß dieser Verfügungstenor schon deshalb unbestimmt sei, weil allein aus ihm nicht hervorgehe, was unter "Einkaufspreis" zu verstehen sei ²⁾. Wie bereits oben ³⁾ aufgezeigt, entspricht dies absolut h.M., daß ein Verwaltungsakt auslegungsfähig ist, und daß dafür nicht nur der Tenor, sondern auch die Gründe der Verfügung heranzuziehen sind. Weiterhin wurde festgestellt, daß es letztlich auf die formale Trennung zwischen Entscheidungssatz und Entscheidungsgründen für die Beurteilung der Bestimmtheit und damit der Rechtmäßigkeit der Verfügung nicht ankommt ⁴⁾.

1) WuW/E, LKartB 223.

2) OLG München, Kartellsenat v. 28.7.83, Az: Kart 8/82, S.7 = WuW/E OLG 2942 S.2942.

3) Vgl. oben S.107 ff., 110 ff.

4) Vgl. oben S.107 f.

Würde man die übersteigerte Forderung aufstellen, daß sich der Regelungsgehalt eines Verwaltungsaktes allein aus dem Tenor ergeben müsse, käme wohl die Verwaltungstätigkeit - außer bei einfachsten Sachverhalten - zum Erliegen.

Das OLG relativiert seine Aussage dann auch, indem es darauf hinweist ¹⁾, daß es "allerdings zulässig" sei, "den Inhalt der Verwaltungsakte auch anhand seiner Begründung zu ermitteln" ²⁾.

Auch der BGH vertritt die Meinung, daß es für die Beurteilung der Bestimmtheit einer Verfügung ausreicht, wenn sich ihr Regelungsgehalt aus dem Tenor in Verbindung mit den Gründen unter Zuhilfenahme einer nach Treu und Glauben vorzunehmenden - gegebenenfalls ergänzenden - Auslegung ergibt; gleichzeitig betont er, daß hier die allgemeinen Grundsätze, die für die Beurteilung aller Verwaltungsakte gelten, heranzuziehen sind ³⁾.

b) Frage der Bußgeldbewehrung

Während sich das OLG mit der Feststellung begnügte, daß der Bestimmtheitsgrundsatz "besondere Bedeutung erlangt ..., wenn die Verletzung des ausgesprochenen Verbots bußgeldbewehrt ist" ⁴⁾, zieht der BGH aus der nach § 38 Abs.1 Ziff.4 GWB möglichen Verfolgbarkeit des Verstoßes gegen die Untersagungsverfügung weiterreichende Konsequenzen: Der Tenor allein müsse grundsätzlich das verbotene Verhalten beschreiben. Nur wenn er überfrachtet würde, dürften die Gründe als Auslegungsgrundlage mitherangezogen werden, nicht aber den in dem Entscheidungssatz gezogenen

1) Unter Bezugnahme auf die Entscheidungen WuW/E BGH 1435 S.1436 "Vitamin B 12" und WuW/E BGH 1474 S.1481 "Architektenkammer".

2) OLG München, aaO., S.7. = WuW/E OLG 2942 S.2943.

3) Vgl. BGH WRP 84, 463 S.464. = WuW/E BGH 2073.

4) OLG München, aaO., S.9 = WuW/E OLG 2942 S.2943 f.

Rahmen erweitern ¹⁾.

Diese Auffassung des BGH findet weder im allgemeinen Verwaltungsrecht, noch in etwaigen Besonderheiten des Kartellrechts oder in rechtsstaatlichen Grundsätzen eine Stütze. Vielmehr werden die Auslegungsfragen unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben mit Vollstreckungsvoraussetzungen und der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Bußgeld beim Verstoß gegen einen Verwaltungsakt verhängt werden darf, zu lösen sein.

Wie oben ²⁾ aufgezeigt, ist die zentrale Voraussetzung der Bußgeldverhängung die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes; die Frage der Bestimmtheit ist dabei nur ein Teilaspekt. Für einen Verwaltungsakt, der - aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen - nicht vollziehbar ist, spielt die Frage der Bestimmtheit keine Rolle. Andererseits kann ein Verwaltungsakt, der zu unbestimmt ist, dennoch vollziehbar sein: Wenn sich der Adressat um eine freiwillige Befolgung des Verwaltungsbefehls bemüht, z.B. mit juristischer Hilfe den Inhalt selbst bestimmt, obwohl er dazu weder verpflichtet, noch ein solches Vorgehen ihm in der Regel zuzumuten ist.

Bei jedem Verwaltungsakt - nicht nur bei bußgeldbewehrten - ist zu prüfen, ob die Gründe in unzulässigem Maße über den tragenden Entscheidungssatz hinausgehen. Dies ist aber eine Auslegungsfrage und hängt wesentlich vom Normadressaten und seinen erwartbaren durchschnittlichen Kenntnissen sowie von der Komplexität des zu regelnden Sachverhaltes ab. Die Grenze ist solange nicht überschritten, wie dem Adressaten das Lesen und Verstehen zugemutet werden kann, wobei in der Regel jeder Adressat die Gründe zumindestens in groben Zügen zu erfassen hat ³⁾.

1) Vgl. BGH, WRP 84, 463 S.464.

2) S. oben S.129 ff.

3) S. oben S.109 f.

Schließlich ist kein Grund ersichtlich, warum ein Verwaltungsakt, der nicht bußgeldbewehrt ist, weniger bestimmt sein sollte: Er kann ebenfalls mit Zwangsmitteln, insbesondere mit Zwangsgeld oder Ersatzvornahme durchgesetzt werden, die u.U. stärker in die Freiheitsbereiche des Adressaten eingreifen als die Verhängung von Bußgeldern. Zudem sind auch bußgeldbewehrte Verfügungen vorrangig von der Exekutive selbst durchzusetzen, gegebenenfalls eben mittels Verwaltungszwang. Die strafrechtlichen Konsequenzen eines Verstoßes gegen Verwaltungsverbote sollten nur subsidiär zur Anwendung kommen.

2. Mißbrauchsgrenze ¹⁾

Die LKartB Bayern erläuterte den im Tenor genannten "jeweils geltenden Einkaufspreis zuzüglich Umsatzsteuer" in den Gründen:

Darunter "ist der jeweils beim Einkauf der verkauften Waren tatsächlich berechnete Netto-Netto-Einkaufspreis zu verstehen ²⁾."

Das OLG bemängelte daran, daß nicht ersichtlich sei, was unter jeweils "geltendem" Einkaufspreis zu verstehen ist ³⁾. Der BGH äußerte Bedenken, ob sich aus der gesamten Verfügung der Begriff des Einkaufspreises bestimmen lasse. Er begründet dies damit, daß bei einem Warenlager mit wechselndem Warenbestand nicht festzustellen ist, welche Ware zu welchem Preis auf Lager genommen und wieder entnommen werde. Schließlich lasse sich der Verfügung "nicht mit der erforderlichen Sicherheit entnehmen, wie sie im

1) Der in diesem Abschnitt beschriebenen Problematik und Vorgehensweise gleicht die bezüglich § 1 UWG; vgl. dazu Jetzer, Lockvogelwerbung - Die wettbewerbspolitisch motivierte Preisunterbietung als unlauterer Wettbewerb, Diss. Zürich 1979. S. dazu auch Kirchhof, aaO., S. 313f.

2) WuW/E LKartB 223 S. 229.

3) OLG München, aaO., S. 9 = WuW/E OLG 2942 S. 2944.

Rahmen der Preisbildung zu berücksichtigen ist" ¹⁾.

a) Behandlung der Umsatzsteuer

Leicht zu klären sind die beim BGH entstandenen Unsicherheiten bezüglich der Behandlung der Umsatzsteuer. Nach dem derzeit geltenden Umsatzsteuerrecht müssen die Steuerpflichtigen (i.d.R. alle Gewerbetreibenden) ihre Steuerschuld selbst berechnen, § 18 Abs.1 S.1 UStG. Beim Einkauf von Waren kann der Unternehmer die im Preis enthaltene Umsatzsteuer als Vorsteuer vom Finanzamt zurückfordern, bzw. mit seiner Steuerschuld verrechnen, wenn er eine ordnungsgemäße Rechnung gemäß § 14 UStG vorweisen kann (dies muß er ohnehin aufgrund seiner Buchführungspflicht nach §§ 140 ff. AO).

Beim Verkauf muß der Unternehmer Mehrwertsteuer entrichten; Bemessungsgrundlage bildet dafür der Netto-Verkaufspreis, §§ 10 ff. UStG. Vorsteuer ist also kein Ertrag, Mehrwertsteuer kein Aufwand; beide sind durchlaufende Posten, die zum Ende jedes Veranlagungszeitraumes saldiert und zu einer an das Finanzamt abzuführenden Umsatzsteuerschuld oder zu einer Erstattung führen. Beim Verkauf an Endverbraucher werden die Waren jedoch nur mit Bruttobeträgen ausgezeichnet, da dieser keine Vorsteuerbeträge abziehen kann; die Umsatzsteuer hat nach dem Zweck des Umsatzsteuergesetzes der Endverbraucher zu tragen.

Jeder - auch ein sehr kleiner - Kaufmann muß also wissen, wie er die Umsatzsteuer zu behandeln hat (vgl. Abb.2).

1) BGH, WRP 84, 463 S.464.

Behandlung der Umsatzsteuer bei Einkaufs- und Verkaufspreisen

Wareneinkauf: Netto-Einkaufspreis Warenverkauf: Nettoverkaufspreis

./. Nachlässe von Lieferanten (= Boni, Skonti, Rabatte etc.)

./. Nachlässe an Kunden (= Boni, Skonti, Rabatte etc.)

= Netto-Netto-Einkaufspreis
 + Vorsteuer (wird 1) vom FA erstattet)

= Netto-Netto-Verkaufspreis
 + USt = MWSt (an das FA zu zahlen)

= Brutto-Einkaufspreis

= Brutto-Verkaufspreis

Da der Einkaufspreis in der Regel niedriger als der Verkaufspreis ist, weichen Vorsteuer- und Mehrwertsteuerbetrag naturgemäß voneinander ab. Da beide aber für den Kaufmann bloße durchlaufende Rechnungsposten sind, fließen sie in seine Kalkulation i.e.S. ohnehin nicht ein.

Jeder Kaufmann - und erst recht jedes relativ marktmächtige Unternehmen - muß also schon aufgrund seiner steuerlichen Pflichten wissen, wie er die Verfügung zu verstehen hat: Er muß den Netto-Netto-Einkaufspreis mit dem Netto-Netto-Verkaufspreis vergleichen. Ergibt sich, daß letzterer niedriger als ersterer ist, so verkauft er unter dem Einkaufspreis, also notwendigerweise mit Verlust. Daß im tatsächlich verlangten Ladenpreis noch die entsprechenden Mehrwertsteuerbeträge enthalten sind, ist gänzlich irrelevant.

Es gibt hier keine unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten, vielmehr hätte die Umsatzsteuer in der Verfügung ohnehin keiner Erwähnung bedurft, da sich ihre Behandlung

1) In Prozent vom Netto-Netto-Einkaufs-/Verkaufspreis.

unmittelbar aus gesetzlichen Vorschriften ergibt.

b) Bewertung von Warenlagern mit wechselndem Bestand

Hält man sich an rein formale Bestimmtheitsanforderungen, so ist dem BGH darin zuzustimmen, daß bei Warenlagern mit ständig wechselndem Bestand die Preise für einzelne Produkte nicht feststellbar sind. Ein solches Unterfangen ist objektiv unmöglich. Da aber alle Einzelhandelsunternehmen derartige wechselnde Warenbestände haben, wäre eine Preismißbrauchsverfügung mangels ausreichend bestimmter Anhaltspunkte für Preismißbrauchsgrenzen bei solchen Anforderungen von vornherein undenkbar. Alle potentiellen Adressaten sind aber buchführungs- und bilanzierungspflichtige Kaufleute; die in der Regel Warenlager zur Bevorratung mit Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen halten, die mindestens einmal jährlich zum Zwecke der Bilanzierung bewertet werden müssen. Auszugehen ist dabei vom Grundsatz der Einzelbewertung; so ist z.B. die pauschale Bewertung eines Warenlagers von vornherein unzulässig; vielmehr sind genaue Mengen zu genauen Preisen festzuhalten und die Bestände fortzuschreiben. Werden jedoch bestimmte Waren zu verschiedenen Preisen eingekauft, so steht es dem Unternehmen frei, welche Produkte es zuerst verbraucht oder verkauft - ob die am teuersten, die zuletzt oder die zuerst eingekauften. Um trotzdem eine annähernd realistische und betriebswirtschaftlich sinnvolle Bewertung zu ermöglichen, wurden dafür bestimmte Verbrauchsfolgeverfahren entwickelt. Mit diesen können auf der Grundlage bestimmter Fiktionen Anschaffungs- oder Herstellungskosten möglichst genau ermittelt werden.

- Bei im allgemeinen konstanten Preisverhältnissen bietet sich die Durchschnittsmethode an - kleinere Preisschwankungen - z.B. aufgrund unterschiedlicher Mengenrabatte - werden somit im Laufe der Zeit ausgeglichen, so daß auch zum Bewertungsstichtag der Durchschnittswert einen realistischen Wert darstellt ¹⁾.

Bei dieser Methode wird aus den Preisen des Anfangsbestandes und der Zugänge ein arithmetisches Mittel gebildet. Mit dem so erhaltenen Durchschnittswert werden dann sodann sowohl die Abgänge als auch der Endbestand bewertet. Dies sei am folgenden Beispiel verdeutlicht:

1.1.	Anfangsbestand 100 Einheiten à	10.-- DM =	1.000.-- DM
5.2.	Einkauf 20 Einheiten à	11.-- DM =	220.-- DM
6.5.	Einkauf 50 Einheiten à	8.-- DM =	400.-- DM
7.8.	Einkauf 60 Einheiten à	9.-- DM =	540.-- DM
9.12.	Einkauf 80 Einheiten à	12.-- DM =	960.-- DM
31.12.	Endbestand 310 Einheiten	=	3.020.-- DM

Durchschnittspreis ist = $3.020 : 310 = 9,74$ DM

- Bei ständig steigenden Preisen erscheint die Lifo-Methode (last in first out) zweckmäßig, bei der unterstellt wird, daß die zuletzt angeschafften Produkte zuerst verkauft werden, so daß der Endbestand aus den zum geringsten Preis angeschafften Waren besteht.

- Die Anwendung der Fifo-Methode (first in first out) ist bei ständig sinkenden Preisen sinnvoll; der Endbestand setzt sich auch hier aus den billigsten Waren zusammen.

- Steigen die Preise kontinuierlich, so führt die Hifo-Methode (highest in first out) zum gleichen Ergebnis wie

1) Vgl. Wöhe, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 16.Aufl., München 1986, S.986 f.

die Lifo-Methode ¹⁾.

Diese Methoden müssen dem Adressaten bekannt sein, ihre sachgerechte Anwendung kann von ihnen erwartet werden. Daß die Kartellbehörde dies voraussetzt und keine bestimmte Methode vorschreibt, macht die Verfügung nicht unbestimmt. Im Gegenteil: Eine konkrete Methode würde den sachlichen Gegebenheiten im Unternehmen oder der Preis- und Marktentwicklung für die Ware nicht gerecht werden. Die Behörde kann dies häufig nicht erkennen und sich an die Entwicklung nicht anpassen. Zudem haben die Unternehmen für Bilanzierungszwecke bestimmte Wertermittlungsverfahren gewählt; daß die Behörde diese akzeptiert, trägt den Freiheitsinteressen der Betroffenen gerade im besonderen Maße Rechnung.

c) Einkaufspreis

Der so definierte bzw. ermittelte Einkaufspreis muß für jeden Kaufmann eine bestimmbare Größe sein. Daß die Kartellbehörde Kenntnisse, die jeder Vollkaufmann schon aufgrund steuerrechtlicher oder handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften haben muß, bei ihren Adressaten voraussetzen darf, entspricht h.M. ²⁾. Der Einkaufspreis ergibt sich also aus dem tatsächlich in Rechnung gestellten Nettopreis abzüglich aller Nachlässe, die der Verkäufer gewährt, bei Warenlagern mit wechselndem Warenbestand aus dem ermittelten Näherungswert.

d) Einstandspreis und Selbstkosten

Um vielfach in der Literatur erkennbare Begriffsverwirrungen zu vermeiden, sollen hier grundlegende Zusammen-

1) Vgl. auch zu diesen Methoden Wöhe, aaO., S.985 ff.

2) S. oben S.119 ff.

hänge dargestellt werden. Dies trägt dazu bei, zu vermeiden, daß Juristen wegen fehlender rein betriebswirtschaftlicher Spezialkenntnisse Unbestimmtheit annehmen, während der Adressat die verwendeten Begriffe eindeutig verstehen kann (vgl. Abb.3).

Bestandteile der Selbstkosten

Selbstkosten	fixe und variable Kosten, die bei Beschaffung, Lagerung und Veräußerung der betref- fenden Ware anfallen		
	Bezugskosten: Frachten, Provisionen etc.	Einstandspreis	
	Nettozahlung an den Lieferan- ten (abzüglich aller Nachläs- se	Netto-Netto- Einkaufspreis	

Selbst wenn man dieses stark vereinfachte Modell zugrundelegt, wird doch deutlich, daß bereits bei Unterschreiten der Selbstkosten die Verlustzone beginnt. Dem könnte man allenfalls entgegenhalten, daß die fixen Kosten, die unabhängig davon anfallen, wieviel Waren umgesetzt werden (z.B. Mieten, Personalkosten etc.) einem bestimmten Produkt nicht eindeutig zuzuordnen sind und deshalb außer acht bleiben müssen; solche Kosten müssen dann aber durch sachgerechte Schätzung auf die einzelnen Produkte (Kostenträger) verteilt werden ¹⁾.

Um aber nicht die Kostenstrukturen der Normadressaten untersuchen und aufschlüsseln zu müssen, die mit er-

1) Vgl. zu den Grundsätzen der Kostenrechnung z.B. Heinen, Kosten und Kostenrechnung, Wiesbaden 1975, insbes. S.15 ff., 33 ff.; zu den Grundbegriffen der Einzel- und Gemeinkosten (= fixe und variable Kosten): Hummel/Männel, Kostenrechnung 1, Grundlagen, Aufbau und Anwendung, 4.Aufl., Wiesbaden 1986, S.101 ff.; einen Überblick über die Kostenzurechnung gibt z.B. Haberstock, Grundzüge der Kosten- und Erfolgsrechnung, 3.Aufl., München 1982, S.56 ff.

heblichen Eingriffen in unternehmensinterne Vorgänge und Daten verbunden wären, ist die LKartB Bayern - um Unklarheiten und Beweisschwierigkeiten zu vermeiden - zugunsten der Betroffenen vom reinen (= Netto-)Nettoeinkaufspreis ausgegangen ¹⁾, der unmittelbar einem Produkt zugeordnet werden kann.

e) Selbst produzierte Waren

Im Kaufmarkt-Verfahren wurde nicht darauf eingegangen, nach welchen Kriterien selbst produzierte Waren bewertet werden sollen, für die es keine Einkaufspreise gibt. Die LKartB Bayern erwähnte, daß auch Ermittlungen bezüglich selbst hergestellter Produkte (Fleisch- und Wurstwaren) liefen, aber noch nicht abgeschlossen seien. Sie betonte, daß diesbezüglich eine weitere Untersuchungsverfügung erfolgen sollte ²⁾ - was jedoch nicht mehr geschehen ist.

Maßgeblich sind hier die Kosten, die bei der Erstellung des Produktes anfallen. Diese bestehen teils aus variablen, teils aus fixen Kosten. Auch hier sollte der Klarheit wegen nur von den variablen Kosten ausgegangen werden, wobei allerdings Einblick in die unternehmensinterne Kostenrechnung und Kalkulationsverfahren genommen werden muß. Diesen Bereich werden die Kartellbehörden - wenn irgendmöglich - vermeiden, da tatsächliche Erhebungen und Berechnungen von erheblichem Ausmaß erforderlich sind (in Streitfällen Sachverständigen-gutachten), die die Kartellbehörden nicht bewältigen können.

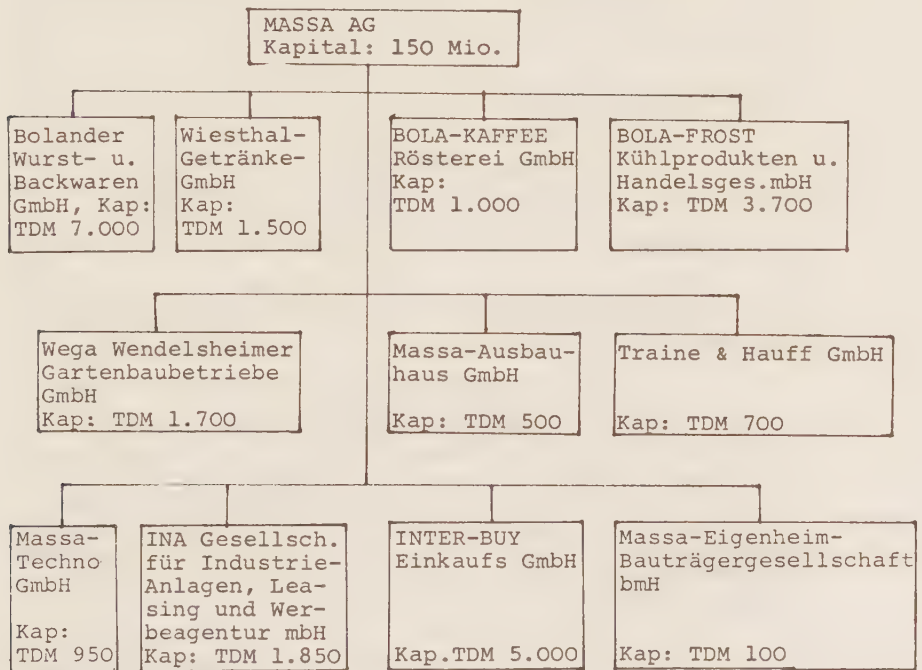
f) Innerbetriebliche Verrechnungspreise

In diesem Zusammenhang muß noch auf das Problem der innerbetrieblichen Verrechnungspreise hingewiesen werden, das

1) Vgl. WuW/E LKartB 223, S.229.

2) Vgl. WuW/E LKartB 223 S.230.

bisher von Rechtsprechung und Literatur nicht aufgenommen wurde. Dies ist aber gerade bei (relativ) marktmächtigen Unternehmen, die häufig eigene Produktionsstätten unterhalten oder denen solche als Konzernunternehmen angeschossen sind, ein aktuelles Problem von großer Bedeutung, das sich am Aufbau der Firmengruppe MASSA, Alzey, deutlich veranschaulichen läßt (vgl. Abb.4 ¹⁾): Marktstarke Einzelhandelsgroßunternehmen streben die Angliederung von Produktionsstätten an, um eigene Produkte kostengünstig erstellen und weiterveräußern zu können.



Nach welchen Kriterien sollen Lieferungen eines Konzernunternehmens an ein anderes bewertet werden? Hierfür existieren bisher keinerlei Lösungsansätze. Innerbetriebliche Verrechnungspreise unterliegen keinen Markteinflüssen;

1) Fundstelle: Bundesanzeiger, Herausgegeben von Bundesminister der Justiz, Nr.79 vom 26.4.1986, S.5261 (Abt.7: Aktiengesellschaften).

sie können völlig willkürlich festgesetzt und geändert werden. Die Kartellbehörden sind hier in permanenter Beweisnot, da sie jeweils nachweisen müßten, warum welche Preise festgesetzt bzw. verändert wurden. Lediglich als Denkansatz ist vorzuschlagen, in diesem Bereich die Grundsätze, die für selbsterstellte Produkte gelten, heranzuziehen; doch müßten dann die Kostenstrukturen des zuliefernden Unternehmens durchleuchtet werden, was trotz der Befugnisse nach § 46 Abs.1 Ziff.1 GWB erhebliche rechtsstaatliche und tatsächliche Probleme aufwirft, auf die hier aber nicht eingegangen werden kann.

3. Hinweis auf § 26 Abs.2, 3 GWB

Der BGH sieht im Hinweis auf § 26 Abs.2, 3 GWB bei der Ermittlung des maßgeblichen Einkaufspreises in den Verfügungsgründen "ein entscheidendes Moment der Unbestimmtheit" ¹⁾.

Dieser tatsächlich problematische Passus in den Entscheidungsgründen lautet:

"Vom Bruttoeinkaufspreis sind dabei nur solche Konditionen und Nebenleistungen abzuziehen, die nicht unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2, 3 GWB eingeräumt werden. Leistungswidrig erlangte Vorzugspreise und -konditionen bzw. nicht durch entsprechende Gegenleistungen des marktstarken Unternehmens gerechtfertigte Nebenleistungen dürfen nicht berücksichtigt werden, da ihr Einsatz im Wettbewerb durch entsprechend niedrigere Verkaufspreise seinerseits eine unbillige Behinderung im Sinne des § 37a Abs.3 GWB darstellte ²⁾."

Das OLG rügte, daß das Unternehmen nicht erkennen könne, wann im konkreten Falle solche Vorzugsbedingungen vorlägen; es habe von der Kartellbehörde auch keine aus-

1) BGH, WRP 84, 463 S.463.

2) LKartB Bayern, WuW/E LKartB 223 S.229.

reichenden Anhaltspunkte für künftige Kalkulationen erhalten. Es müsse vielmehr passiv die jeweiligen Bewertungen der Kartellbehörde abwarten. Im Hinweis auf § 26 Abs.2, 3 GWB liegt nach seiner Meinung "eine zusätzliche Unbestimmtheit" ¹⁾. Das betroffene Unternehmen könne nicht erkennen, was damit bezweckt werden sollte, zumal ihr ein dahingehendes Verhalten niemals vorgeworfen worden ist ²⁾.

Der BGH sieht darin eine unzulässige Erweiterung des im Tenor ausgesprochenen Verbotes. Die Betroffene könne nicht wissen, ob Nachlässe der Lieferanten aufgrund eines Verstoßes gegen § 26 Abs.2, 3 GWB gewährt werden, deshalb sei eine wertende Betrachtung notwendig. Dafür ergebe der Entscheidungssatz keinen Anhaltspunkt. Eine solche Regelung hält der BGH nur unter der Voraussetzung für zulässig, daß die Kartellbehörde die in § 26 Abs.2, 3 GWB enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe durch eine konkrete Überprüfung des Vertikalverhältnisses der Betroffenen zu ihren Lieferanten ausfüllt, da § 37a Abs.3 GWB nur eine Eingriffsermächtigung für das Horizontalverhältnis enthält. Da das betroffene Unternehmen nicht in jedem einzelnen Fall feststellen könne, ob es von Lieferanten machtbedingte Sondervorteile erhalte, laufe es bei der Preisfestsetzung Gefahr, Bußgeld zu verwirken, ohne es zu wissen oder auch nur kontrollieren zu können ³⁾.

1) OLG München, aaO., S.10 = WuW/E OLG 2042 S.2044.

2) Vgl. OLG München, aaO., S.10.

3) Vgl. BGH, WRP 84, 463 S.464 = WuW/E BGH 2073 S.2075.

Schließlich ließ es der BGH offen, ob § 26 Abs.2, 3 GWB überhaupt ohne Feststellung der Normadressateneigenschaft der Betroffenen angewendet werden dürfte¹⁾.

a) Auslegung

Ob hier überhaupt eine Erweiterung des Tenors angesprochen wurde, ist erst nach der Auslegung dieses Verfügungsteils festzustellen. Abzustellen ist dabei auf den Empfängerhorizont. Die Kartellbehörde darf auch den Kenntnisstand eines durchschnittlichen Normadressaten, also eines zumindest relativ marktmächtigen Unternehmens mit dem ihm zur Verfügung stehenden Potential an Stabsabteilungen, in denen in der Regel auch Juristen und Betriebswirtschaftler tätig sind, voraussetzen.

Ein mit solchen Kenntnissen ausgestatteter Adressat konnte diesen Teil der Verfügung doch folgendermaßen verstehen: Im Obersatz wurde der Verkauf unter Einstandspreis untersagt. Eine nähere Erläuterung, wie dieser Einkaufspreis zu errechnen ist, wurde in den Tenor nicht aufgenommen, sondern erfolgte in der Begründung. Die Behörde wies darauf hin, daß unter dem Einkaufspreis dann nicht der formal in Rechnung gestellte Betrag zu verstehen ist, wenn dieser aufgrund sachbedingter Einflußmöglichkeiten der Betroffenen manipuliert ist; daß gerade im Handel sehr undurchsichtige Rabattsysteme entwickelt wurden, ist sowohl der Behörde als auch der Betroffenen bekannt. Es ist letzteren ein Leichtes, Freismißbrauchsverfügungen nach § 37a Abs.3 GWB zu unterlaufen, indem sie ihre

1) Vgl. BGH, WRP 84, 463 S.465 = WuW/E BGH 2073 S.2076.

Lieferanten dazu veranlaßt, eingeräumte Preisnachlässe auf die von der Verfügung erfaßten Produkte zu konzentrieren, so daß letztlich ein Katz- und Mausspiel zwischen Behörde und Verwaltungsaktadressaten entstünde, bei dem sich die Kartellbehörde auf verlorenem Posten befände.

So gesehen ist der Hinweis auf § 26 Abs.2,3 GWB keine Erweiterung des tenorierten Verbotes, sondern lediglich eine Erläuterung dessen, was unter der Bezeichnung "Einkaufspreis" zu verstehen ist. Es kann der Kartellbehörde doch nicht verwehrt werden, die Betroffene schon von vornherein darauf hinzuweisen, daß sie Umgehungsmaßnahmen wie Rabattkonzentrationen nicht akzeptieren werde. Was sie hier ausdrücklich klarstellte, hätte sich ohnedies aufgrund der Auslegungsgrundsätze, im Rahmen derer auch der Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten ist, ergeben: Die Betroffene kann sich nicht auf den Begriff des Einkaufspreises berufen, um die Berücksichtigung von Sondervorteilen bei der Berechnung des maßgeblichen Einkaufspreises zu rechtfertigen. Das Ziel der Untersagungsverfügung, nämlich die Verschlechterung der Wettbewerbsstrukturen durch massive Verlustpreisverkäufe zu verhindern, ergibt sich bereits aus dem Tenor; die aufgrund der Marktmacht erlangten Sondervorteile sind besonders zur Strukturverschlechterung im Handel geeignet. Versucht die Betroffene nun, die Preisnachlässe der Lieferanten, denen gegenüber sie eine besondere Machtposition besitzt, vom wettbewerbsrechtlich maßgeblichen Einkaufspreis abzuziehen, so versucht sie, mit Mitteln ihrer marktmächtigen Positionen kartellbehördliche Maßnahmen zu umgehen. Die Kenntnis dieser Zusammenhänge ist bei der Betroffenen ohne weiteres zu unterstellen. Die Prüfung, ob bereits gegen § 26 Abs.2, 3 GWB verstoßen

wurde, ist bei der Auslegung ohne Bedeutung, wenn ein derartiger Verstoß weder festgestellt noch nach § 38 Abs.1 Ziff.8 GWB als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden soll. Ob vorsätzlich oder fahrlässig gegen das unmittelbare gesetzliche Verbot des § 26 Abs.2, 3 GWB verstoßen wurde, ist deshalb ebenfalls völlig irrelevant.

Der Hinweis auf § 26 Abs.2, 3 GWB gibt der Behörde die Möglichkeit, die komplexen Zusammenhänge möglichst prägnant darzustellen; sie kann erwarten, daß ein relativ marktmächtiges Unternehmen diese Vorschrift und die darauf begründete Rechtsprechung kennt und auch versteht; ein relativ marktmächtiger Wettbewerber kann - ohne eigenes Zutun (z.B. durch Ausscheiden von Konkurrenten) - sehr schnell zum marktmächtigen Unternehmen und damit zum Normadressaten des § 26 GWB werden. Selbst wenn abzusehen ist, daß die Betroffene in absehbarer Zukunft kein marktmächtiges Unternehmen wird, so ist es ihm nach dem Hinweis der Kartellbehörde auf § 26 Abs.2, 3 GWB möglich und zuzumuten, sich zu informieren - falls dies wirklich notwendig sein sollte! Schließlich wäre es der Kartellbehörde freigestanden, die zu § 26 Abs.2, 3 GWB entwickelten Grundsätze auszuformulieren und einen entsprechenden Hinweis im Tenor zu machen, was lediglich zur Folge hätte, daß die Verfügung entweder aufgebläht - und somit wegen ihres Umfangs nur schwer faßbar - wäre oder aber straffer gefaßt, aber mit zahlreichen Lücken und Umgehungsmöglichkeiten behaftet; Bedenken gegen deren Bestimmtheit könnten nicht mehr erhoben werden.

b) Adressatenkreis des § 26 Abs.2, 3 GWB

Auf die Feststellung, ob die Betroffene zu den Normadressaten des § 26 Abs.2, 3 GWB gehört, kam es also gar nicht an: Gehört sie dazu, so hat sie den unmittelbaren Gesetzes-

befehl ohnehin zu befolgen - die Verfügung wies also nur auf Selbstverständliches hin; gehört sie nicht dazu, hat sie lediglich im Rahmen der Befolgung des Verwaltungsbefehles die dort festgelegten Grundsätze zu beachten. Auf diesem Hintergrund ist auch die Anmerkung von Markert zum OLG-Urteil nicht nachvollziehbar: Die Verfügung wird dort so verstanden, daß durch den Hinweis auf § 26 Abs.2, 3 GWB auch Verkäufe über dem Einkaufspreis untersagt werden sollen, wenn seine Unterschreitung aufgrund machtbefingter Vorzugsbedingungen ermöglicht wurde ¹⁾. Hier wird - ohne Begründung - unterstellt, daß der Begriff "Einkaufspreis" eine feste Größe umschreibt und deshalb die Erwähnung dieses Begriffes im Tenor eine abschließende Regelung darstellt, die in den Gründen - dann logischerweise - nicht mehr erweitert werden darf. In der betriebswirtschaftlichen Literatur wird dieser Begriff in der Regel pauschal und ohne weitere Modifizierungen verwendet, was aber nicht ausschließt, daß im Kartellrecht weiter differenziert wird, dies muß aber - wie in der Kaufmarkt-Verfügung der Fall - mit der entsprechenden Klarheit erfolgen.

Weiter ist nicht einsichtig, warum für das unmittelbar geltende gesetzliche Verbot des § 26 Abs.2, 3 GWB, auf das in einer Verfügung gemäß § 37a Abs.3 GWB verwiesen wird, die gleichen Voraussetzungen nötig sein sollten, wie für eine kartellrechtliche Verfügung gemäß §§ 26 Abs.2, 3 i.V.m. 37a Abs.2 GWB ²⁾. Auch die Tatsache, daß in den drei bisher erlassenen Verfügungen des BKartA ³⁾ ein solcher Hinweis unterblieben ist, weil es ihn als unzulässig oder zu unbestimmt erachtet hat, kann dahinste-

1) Vgl. Anmerkung Markert zum Kaufmarkt-Beschluß des OLG München, BB 83, 1557 S.1558.

2) So aber Markert, aaO., S.1558.

3) Vgl. BKartA, WuW/E BKartA 2029 "Coop Bremen", BKartA v. 10.6.83 "Realkauf" u. v. 28.6.83 "Kafu".

hen ¹⁾, solche Bedenken erscheinen jedenfalls nicht gerechtfertigt.

4. Verbot der unbilligen Behinderung kleiner und mittlerer Wettbewerber

Ein weiteres Unbestimmtheitselement sieht das OLG darin, daß im Tenor der Verfügung untersagt wird, "kleine und mittlere Wettbewerber ..." durch Untereinkaufspreisverkäufe von Produkten bestimmter Warengruppen "unbillig zu behindern" ²⁾.

a) Unbilligkeit der Behinderung

In den Verfügungsgründen wird erläutert, daß Untereinkaufspreisverkäufe als solche schon gegen die Grundsätze des Leistungswettbewerbs verstoßen, da die daraus resultierenden Verluste nur unter Einsatz erheblicher finanzieller Ressourcen auf Dauer hingenommen werden könnten. Zudem werden die oben ³⁾ bereits beschriebenen Effekte ausgelöst: Der Anlockeffekt bei den Verbrauchern, der Nachahmungseffekt bei starken Mitkonkurrenten und der Entmutigungseffekt bei kleinen und mittleren Wettbewerbern ⁴⁾. Die unbillige Behinderung wird folglich unterstellt; sie kann allerdings durch besondere Gründe - etwa bei leicht verderblichen oder modischen Waren bzw. bei "echten" Sonderangeboten - gerechtfertigt sein ⁵⁾. Das OLG sieht in diesem Verfügungsbestandteil nicht nur eine deklaratorische Wiederholung des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals, sondern mißt ihm eigenständige Bedeutung bei: Mit dem Verwaltungs-

1) Vgl. Markert, aaO., S.1558.

2) WuW/E LKartB 223 S.223.

3) S. S.139 ff.

4) Vgl. WuW/E LKartB 223 S.227 f.

5) Vgl. WuW/E LKartB 223 S.229.

befehl sollte nicht jeder Verkauf unter Einkaufspreis (aus den genannten Warengruppen) schlechthin ohne Rücksicht auf den konkreten Fall verboten werden. Demnach hätten dem Adressaten konkrete Anhaltspunkte an die Hand gegeben werden müssen, bis zu welchen zeitlichen, qualitativen und quantitativen Grenzen derartige Verkäufe noch zulässig sind. Daß die Verfügung Beispiele für die gerechtfertigte Unterkaufspreisverkäufe nennt, reicht nach Ansicht des OLG München ebenfalls nicht aus ¹⁾.

Der BGH schloß sich dieser Ansicht an: § 37a Abs.3 GWB würde ein generelles Verbot für Untereinkaufspreisverkäufe nicht decken ²⁾. Deshalb müßte klargestellt werden, unter welchen Voraussetzungen die Behörde nach § 37a Abs.3 GWB eingreifen könne. Die in der Verfügung genannten Beispiele könnten diese Funktion nicht erfüllen:

- Einerseits wurde "nämlich nur allgemein dargestellt, daß ein längerfristiger, nicht auf einzelne Waren beschränkter und nicht auf besonderen Situationen und vernünftigen kaufmännischen Erwägungen beruhender Verkauf unter oder geringfügig über den Einkaufspreis durch die Verfügung verhindert werden sollte ³⁾,
- andererseits wurde nur beispielhaft angeführt, wann ein Verkauf unter Einkaufspreis zu rechtfertigen sei ⁴⁾.

Auch nicht ansatzweise geklärt wurde aber, was unter "längerfristig" und "einzelnen Waren" verstanden werden sollte. Während die "besonderen Situationen" und "vernünftigen kaufmännischen Erwägungen" unter Umständen unter Hinzuziehung des Normzweckes als gerade noch auslegungs-

1) Vgl. OLG München, aaO., S.11 f.

2) Vgl. BGH, WRP 84, 463 S.465 mit Hinw. auf seine Rechtsprechung zu § 1 UWG, nach der nicht jeder Verkauf unter Einstandspreis schlechthin zu einem Verstoß gegen § 1 UWG führt, WuW/E BGH 1579 u. BGH, GRUR 84, 204 "Verkauf unter Einstandspreis I u.II".

3) BGH, WRP 84, 463 S.465.

4) Vgl. BGH, WRP 84, 463 S.465.

fähig angesehen werden könnten, gibt es für die Ausfüllung der erstgenannten Begriffe keinerlei Anhaltspunkte: Werden nämlich z.B. auf Dauer, also etwa monatelang nur ganz wenige markante Produkte weit unter Einkaufspreis verkauft, alle anderen knapp darüber, so kann dies äußerst negative Wettbewerbsbeeinträchtigungen für kleine und mittlere Wettbewerber nach sich ziehen; werden viele, aber weniger markante Produkte, über einen kürzeren Zeitraum, etwa zwei Wochen, ohne Werbeaufwand knapp unter Einkaufspreis verkauft, so bemerken dies die Kunden u.U. gar nicht oder kaum, und die geschilderten Effekte, vor allem der Anlockeffekt bei den Verbrauchern und demnach auch unbillige Behinderungen Wettbewerbern könnten nicht eintreten.

Deshalb kann auch Markert nicht gefolgt werden, der in der Formulierung "kleine und mittlere Wettbewerber dadurch unbillig zu behindern, daß ..." ¹⁾ lediglich "die jeder Untersagung immanente Feststellung ..." sieht, "daß die im Zusammenhang damit definierte Verhaltensweise die Anwendungsvoraussetzungen der herangezogenen Verbots- oder Eingriffsnorm erfüllt" ²⁾. Eine solche Feststellung sei nach § 57 Abs.1 S.1 GWB lediglich in den Verfügungsgründen erforderlich; fehlt diese, so könne das nicht zur Unbestimmtheit des Tenors führen, "solange nur die als untersagt definierte Verhaltensweise für sich allein oder jedenfalls zusammen mit Konkretisierungen in den Verfügungsgründen hinreichend bestimmt ist" ³⁾. Gerade dies ist aber - wie gezeigt - mangels konkreter Anhaltspunkte dafür, wann Unter-Einkaufspreisverkäufe zu beanstanden sind, nicht der Fall.

1) WuW/E LKartB 223 S.223.

2) Markert, aaO., S.1558.

3) Markert, aaO., S.1558.

b) Kreis der kleinen und mittleren Wettbewerber

Der BGH rügte weiterhin, daß die Verfügung den Kreis der zu schützenden "kleinen und mittleren Wettbewerber" sachlich und räumlich nicht ausreichend abgrenze. Es sei jedenfalls nicht ausreichend dargelegt worden, ob der Umsatzrückgang der Münchner Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen nur soweit von Bedeutung sein soll, als es sich um solche mit weniger als 2 Mio. DM Jahresumsatz handelt, oder ob alle Einzelhandelsunternehmen in München zum Kreis der geschützten Unternehmen gehören ¹⁾.

Dem BGH ist insoweit zuzustimmen, als § 37a Abs.3 GWB dadurch entscheidend eingegrenzt werden sollte, daß nur die Behinderung der Unternehmen untersagt werden darf, denen gegenüber die Betroffene Marktmacht besitzt. Dadurch wird aber eine unbeschränkte Untersagung der Behinderungspraktiken dann nicht ausgeschlossen, wenn sie gegen andere Wettbewerber gerichtet sind oder aber diese beeinträchtigt: Langfristige Verlustpreisverkäufe wirken sich sowohl kleinen und mittleren als auch großen Wettbewerbern gegenüber aus ²⁾. Es gibt keine Möglichkeit, große Wettbewerber vom Schutz gegen Untereinkaufspreise auszunehmen - Marktauswirkungen sind insoweit nicht abgrenzbar. Diese Tatbestandsvoraussetzung kann also nur bedeuten, daß die Behörde gegen massive Untereinkaufspreisverkäufe dann nicht vorgehen darf, wenn auf dem räumlich abgegrenzten Markt nur weitere große Mitbewerber vorhanden sind; ist dies nicht der Fall, müssen die vorhandenen kleinen und mittleren Mitbewerber gegen negative Marktstrukturveränderungen geschützt werden - und zwar unabhängig davon, ob auch die anderen marktstar-

1) Vgl. BGH, WRP 84, 463 S.465.

2) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.16.

ken Wettbewerber profitieren.

Es kommt hier nur darauf an, ob im räumlichen Schutzbereich - und der "Raum München" ¹⁾ bezeichnet diesen präzise genug - so viele kleine und mittlere Wettbewerber tätig sind, daß auch die weiteren Tatbestandsmerkmale erfüllt sind: Würde das Ausscheiden aller dieser grundsätzlich geschützten Wettbewerber nicht dazu führen, daß die Wettbewerbsverhältnisse nachhaltig beeinträchtigt werden, sind diese eben nicht durch § 37a Abs.3 GWB geschützt.

Da es unmöglich ist, die Untersagung zum Schutz bestimmter Wettbewerber zu begrenzen, kam es auch nicht auf eine genaue Grenzziehung an: Sicher gehören Einzelhandelsunternehmen mit einem Umsatz von bis zu 2 Mio. DM zu kleineren Unternehmen; diejenigen, die bis zu 10 Mio. DM jährlich umsetzen, gehören zu den mittleren. Ob dann auch solche mit Umsätzen bis 30 oder 50 Mio. DM jährlich als mittlere Wettbewerber bezeichnet werden könnten, spielt keine Rolle, da diesen gegenüber ohnehin die Auswirkungen einer Preismißbrauchsverfügung zustatten kommt.

5. Verbot der konkreten Verletzungshandlung

Unter Berufung auf die Entscheidungen des BGH in Sachen Polyester-Grundstoffe ²⁾ und Vitamin B 12 ³⁾ hielt das OLG München die Kaufmarkt-Verfügung auch deshalb für rechtswidrig, weil sie "gegen den Grundsatz, daß nur die konkrete Verletzungshandlung verboten werden darf" ⁴⁾ verstoße.

1) WuW/E LKartB 223 S.231.

2) Vgl. BGH, WuW/E BGH 1345.

3) Vgl. BGH, NJW 76, 2259 = WuW/E BGH 1435.

4) OLG München, aaO., S.13.

Begründet wird diese Ansicht folgendermaßen: Die Verfügung enthalte zusätzlich zum Verbot der Untereinkaufspreisverkäufe ein weiteres, nämlich, "kleine und mittlere Wettbewerber nicht dadurch unbillig zu behindern, daß bei der Preisgestaltung Diskriminierungsgewinne wettbewerbslich eingesetzt werden" ¹⁾. Es sei aber völlig offen, ob die Betroffene gegen § 26 Abs.2 oder 3 GWB verstoßen habe, weshalb die Kartellbehörde Handlungen verboten habe, die weder erfolgt noch in Zukunft beabsichtigt seien ²⁾. Auch der BGH sieht in diesem Verfügungsteil einen weiteren Unbestimmtheitsfaktor ³⁾.

Ganz abgesehen davon, daß sich die angeführten BGH-Urteile im wesentlichen auf die Frage der Abgrenzung zulässiger Verbote von unzulässigen Geboten im Bereich deklaratorischer Mißbrauchsverfügungen nach § 37a Abs.2 GWB konzentrieren, können sie die Meinung des OLG nicht belegen. Im Gegenteil kann der Beschluß des BGH vom 3.7.1976 ⁴⁾ zur Rechtfertigung der Verfügung herangezogen werden: Es ist zwar richtig, daß sich das behördliche Verbot am konkreten Verletzungstatbestand zu orientieren hat. Dies verlangt der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit des Art.20 Abs.3 GG: In verfassungsrechtlich geschützte Freiheitsbereiche des Unternehmens darf staatliche Macht nur eingreifen, wenn es nötig ist; sollte dies der Fall sein, so müssen die Voraussetzungen genau festgelegt sein und sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung - die nur Verbote deckt - halten ⁵⁾.

Ausnahmsweise kann nach der Rspr. des BGH von diesem Grundsatz abgewichen werden: Im Fall Vitamin B 12 hielt er eine allgemeinere Fassung des Verbotes für zulässig, "wenn

1) OLG München, aaO., S.13.

2) Vgl. OLG München, aaO., S.14.

3) Vgl. BGH, WRP 84, 463 S.463.

4) Vgl. BGH, NJW 76, 2259 "Vitamin B 12", S.2260.

5) Vgl. BGH, WuW/E BGH 1345 S.1345 "Polyestergrundstoffe".

... das Verbot allein des beanstandeten Preises ohne Konkretisierung der Mißbrauchsgrenze im Tenor der Untersagungsverfügung zur Folge haben könnte, daß sich ein betroffenes Unternehmen durch eine nur geringfügige Preissenkung dem Verbot entzöge" ¹⁾. In der Regel erfassen Verbote aufgrund der Auslegung nicht nur den unmittelbaren Wortlaut, sondern den von der Verfügung und deren Begründung erfaßten Verbotsbereich ²⁾. Muß aber zur Feststellung des Preismißbrauches ohnehin eine Preisgrenze festgelegt werden, so kann dem betroffenen Unternehmen auch ohne Rechtsbedenken untersagt werden, Preise über der festgelegten Grenze zu fordern. Gegenstand einer Preismißbrauchsverfügung ist nämlich nicht die Untersagung eines oder verschiedener bestimmter, sondern das Verbot aller mißbräuchlichen Preise. Auch wenn der Adressat überhaupt keinen Anlaß zu der Vermutung gegeben hat, ein Verbot dadurch umgehen zu wollen, daß er seine Preise nur geringfügig herabsetzen und somit immer noch mißbräuchlich handeln wird, ist lt. BGH ein Verbot der Preisfestsetzung oberhalb einer Grenze für ein konkretes Produkt zulässig. Insoweit besteht für das Unternehmen kein Schutzbedürfnis vor Eingriffen staatlicher Macht, denn seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit wird auch durch die weite Fassung des Verbotes nicht unzulässig eingeengt, da das Ziel der Untersagungsverfügung - bei gleicher Sachlage - ohnehin jedes Fordern von Preisen über dieser Grenze verbietet. Es bleibt dem Betroffenen außerdem unbenommen, dieses Ziel durch die Wahl anderer Mittel, z.B. Qualitätsänderungen, zu verwirklichen: Die Mißbrauchsgrenze wird für einen anderen Sachverhalt jedenfalls hinfällig.

1) BGH, NJW 76, 2259 S.2260.

2) Vgl. BGH, NJW 76, 2259 S.2260 mit Hinw. auf BGH, NJW 52, 665 L "Fischermännchen".

In diesen Fällen darf sich das Unternehmen auch nicht darauf berufen, daß in der Verbotsausweitung ein rechtswidriger Eingriff in ihre wirtschaftliche Betätigungsfreiheit läge ¹⁾. Das Rechtsstaatsgebot und das aus ihm resultierende Bestimmtheitsgebot sollen die Behörde nicht aus rein formalen Gründen einem *circulus vitiosus* von Umgehungspraktiken aussetzen: Hält man an dem Postulat fest, daß in Preismißbrauchsverfügungen nur der ganz konkrete mißbräuchliche Preis verboten werden darf, entsteht folgender Kreislauf: Ein mißbräuchlich überhöhter Preis beträgt z.B. DM 10.--, die Mißbrauchsgrenze liegt bei DM 5.--. Einem konkreten Verbot - bezogen auf DM 10.-- - wäre sofort der Boden entzogen, wenn der Adressat nur DM 9.-- fordert; eine daraufhin ergehende Verfügung würde hinfällig, wenn der Preis nur noch DM 8.-- beträgt usw.

Diese vom BGH im Vitamin B 12-Beschluß vertretene Ansicht kann auch für die Kaufmarkt-Verfügung herangezogen werden: Deren Ziel war es, intensive Untereinkaufspreisverkäufe zu verbieten, um negative Wettbewerbsstrukturveränderungen zu verhindern. Als Mißbrauchsgrenze ist der Einkaufspreis definiert. Im rein formellen Sinne ist das der Betrag, der an einen Lieferanten gezahlt wird. Unter Berücksichtigung des Verfügungszweckes muß diese Definition in bestimmten Fällen erweitert werden: Materiell stellt der Einkaufspreis einen Marktpreis dar, der in der Regel durch Angebot und Nachfrage zustandekommt. Wird aber ein solcher Preis durch Einsatz von Marktmacht verfälscht, so daß er sich vom Marktpreis zum Marktmachtpreis verändert, so bewegt er sich nicht mehr innerhalb der von der Verfügung zugrundegelegten Mißbrauchsgrenze. Wird der Einkaufspreis

1) Vgl. BGH, NJW 76, 2259 S.2260.

also unter Berücksichtigung von Sondervorteilen berechnet, die auf Marktmacht zurückzuführen sind, so wird insoweit der Verfügungszweck umgangen. Um diese Umgehung aber von vornherein zu unterbinden, hat die Kartellbehörde auf § 26 Abs.2, 3 GWB hingewiesen. Sie hätte ebenso gut den Inhalt dieses Hinweises in Worte fassen können: Es wäre aus Bestimmtheitserwägungen nicht zu beanstanden gewesen, wenn die Kartellbehörde einen Verwaltungsakt doppelten Umfangs erlassen und darin ausdrücklich die Grundsätze der §§ 26 Abs.2, 3 GWB und der entsprechenden Rspr. ohne Bezugnahme auf die gesetzliche Vorschrift erläutert hätte. Eine solche Darstellung hätte auch ein nur relativ marktmächtiger Adressat verstehen müssen. Zudem kann ein solcher ohnehin die Grenze des Normadressatenkreises des § 26 Abs.2, 3 GWB jederzeit überschreiten: Dies ist ein unmittelbar wirkendes Verbot; verstößt die Betroffene dagegen, kann sie sich jedenfalls nicht auf Unkenntnis der Vorschrift berufen - ein Verstoß gegen § 26 Abs.2, 3 GWB ist sogar nach § 38 Abs.1 Ziff.8 GWB bußgeldbewehrt!

Auch hier hat die LKartB der Adressatin nicht mehr verboten, als ihr ohnehin untersagt ist, nämlich nicht durch dauerhafte Untereinkaufspreise die Marktchancen der kleinen und mittleren Konkurrenten mißbräuchlich zu verschlechtern. Durch ein solchermaßen formal erweitertes Verbot erfolgt auch kein unzulässiger Eingriff in geschützte wirtschaftliche Gestaltungsfreiheiten, da dieser Einsatz von Marktmacht eben nicht geschützt wird. Ob die Betroffene in der Vergangenheit gegen § 26 Abs.2, 3 GWB verstoßen hat, dies in Zukunft tun wird oder nur beabsichtigt, ist deshalb in diesem Zusammenhang entgegen

1) Vgl. OLG München, aaO., S.14 = WuW/OLG 2942 S.2944.

der Auffassung der Rspr. ohne jede Bedeutung.

6. Zusammenfassende Beurteilung der Bestimmtheit der Kaufmarkt-Verfügung

Die Gründe der Rechtsprechung für die mangelnde Bestimmtheit der Kaufmarkt-Verfügung treffen zwar vordergründig und auf der Grundlage rein formaler Bestimmtheitskriterien betrachtet zu, halten aber einer genauen Analyse nicht stand.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten:

Der Tenor ist unter Einbeziehung der Entscheidungsgründe auslegungsfähig nach den anerkannten Auslegungsgrundsätzen, nach denen auch der Kenntnisstand des Normadressatenkreises zu berücksichtigen sind.

Auf dieser Basis ist die Verfügung i.w. hinreichend bestimmt; insbesondere definiert sie die Mißbrauchsgrenze ausreichend: die Behörde konnte den Begriff des Einkaufspreises dergestalt festlegen, daß sie dem tatsächlich gezahlten, um Skonti und normale Rabatte bzw. sonstige Nachlässe bereinigten 'Netto-Netto-Einkaufspreis' die unter Verstoß gegen § 26 Abs.2, 3 GWB erlangten marktmachtbedingten Sondervorteile wieder zuschlägt und das dadurch erlangte Ergebnis als Einkaufspreis i.S.d. Verfügung ausreichend bestimmt bezeichnet. Daß dies für den jeweiligen Adressaten bestimmbar ist, wurde gezeigt. Ob dies eine gute Lösung ist, bleibt dahingestellt, jedenfalls macht der Hinweis auf § 26 Abs.2, 3 GWB die Verfügung nicht unbestimmt. Die Verfügung verbot auch nur die konkrete Verletzungshandlung, nämlich die Verkäufe unter dem von der Behörde festgelegten Einkaufspreis.

Auch beinhaltet die Festsetzung der Preismißbrauchsgrenze - definiert als den von der Behörde bestimmten Einkaufspreis - kein Gebot, sondern nur das Verbot, Preise jenseits dieser Grenze zu fordern.

Die Kaufmarkt-Verfügung ist aber insoweit zu unbestimmt, als sie keine Aussage zum Umfang und zur Intensität der

Untereinkaufspreisverkäufe trifft. Da der Adressat den rechtlich zulässigen Rahmen von Untereinkaufspreisverkäufen nicht mehr ausnutzen und weder gesetzlichen Vorschriften noch der Verfügung selbst Anhaltspunkte entnehmen kann, mit welchem Ausmaß die zulässige Grenze überschritten ist, verstößt die Verfügung insoweit gegen den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz.

Allerdings hätte dieser Mangel mittels einer Teilaufhebung behoben werden können.

III. Bestimmtheitsprobleme im Rahmen von Preismißbrauchsverfügungen auf der Grundlage des § 37a Abs.3 GWB

Bei der konkreten Fallprüfung war es möglich, auftretende Bestimmtheitsprobleme auch abschließend zu klären. Andererseits können die dadurch gewonnenen Ergebnisse nur beschränkt auf andere Fälle übertragen werden. Das Dilemma jeder Behandlung von Bestimmtheitsproblemen ist die Tatsache, daß mit zunehmender Konkretisierung der Aussagen die Übertragbarkeit abnimmt und umgekehrt; jeder Versuch, auf verschiedenartige Fallkonstellationen übertragbare Aussagen zu gewinnen, geht zu Lasten der Fallbezogenheit.

Trotz dieser Schwierigkeiten soll der Versuch unternommen werden, Problemfelder aufzuzeigen, in denen das Bestimmtheitserfordernis Schwierigkeiten bereiten kann: Bei § 37a Abs.3 GWB waren bisher allein Verlustpreisstrategien Gegenstand von behördlichen Verfügungen, weshalb hier Preisgrenzendefinitionen im Vordergrund stehen. Obgleich die Frage, ob der Tatbestand des § 37a Abs.3 GWB erst dann erfüllt ist, wenn Preise unter Ein-

stands- oder Einkaufspreis bzw. Selbstkosten - u.U. unter Berücksichtigung bestimmter Sicherheitszuschläge oder Hinzurechnung von Fixkostenanteilen - festgesetzt werden, nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein kann, soll dennoch gefragt werden, ob und wie diese Preisgrenzen als Mißbrauchsgrenzen hinreichend bestimmt definierbar sind.

Grundsätzlich können beim Erlaß von Verfügungen aufgrund des § 37a Abs.3 GWB Bestimmtheitsprobleme bei der Konkretisierung folgender Tatbestandsbereiche auftreten:

- Bei der Festlegung der Grenze relativer Marktmacht,
- der Mißbrauchsgrenze, also der unbilligen Behinderung und
- bei der Grenze der Nachhaltigkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung.

1. Konkretisierung der Grenze relativer Marktmacht

Daß der Adressatenkreis im Gesetz hinreichend bestimmt definiert ist, wurde dargelegt. Daß der Adressat in der Verfügung selbst genau genug bezeichnet ist und diesbezüglich keine Bestimmtheitsprobleme im Verwaltungsakt auftreten, liegt auf der Hand. Wie aber die Behörde die Adressateneigenschaft aus den unbestimmten Rechtsbegriffen des Gesetzes herleiten und begründen kann, wird im folgenden gezeigt.

Auch § 37a Abs.3 GWB eröffnet der Kartellbehörde nicht die Möglichkeit, allen Unternehmen mißbräuchliche Verhaltensweisen zu untersagen, sondern nur solchen mit erheblicher Marktmacht wegen ihrer potentiellen und realen Gefährlichkeit für Wettbewerb und Wettbewerber.

Allerdings ist nur das Horizontalverhältnis im Rahmen dieser Vorschrift relevant, so daß ein neuer Marktbeherrschungsbegriff gefunden werden mußte, mit dessen Hilfe kleine und mittlere Konkurrenten vor unbilligen Behinderungen solcher Marktteilnehmer geschützt werden können, die über ein vergleichsweise größeres Marktpotential verfügen ¹⁾. Trotz erkennbarer Nähe zu § 22 GWB war eine Erweiterung des dort angesprochenen Adressatenkreises durch Ausdehnung des Begriffes der Marktbeherrschung ausgeschlossen, da sich die allgemeine Mißbrauchsaufsicht nicht auch auf die zusätzlich einbezogenen Normadressaten erstrecken sollte, sondern nur dann, wenn sie Wettbewerber behindern. § 37a Abs.3 GWB definiert also den Kreis der Normadressaten in rechtlich selbständiger Weise und ohne Bezugnahme auf andere Vorschriften ²⁾.

Die Kartellbehörde kann eine Verfügung auf der Grundlage des § 37a Abs.3 GWB nur gegen marktstarke Unternehmen erlassen. Vorausgesetzt wird dafür

- überlegene Marktmacht,
- gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern,
- sowie die Möglichkeit der Beeinflussung der Marktverhältnisse, also ein nicht unerhebliches gesamtwirtschaftliches Gewicht.

All diese Voraussetzungen bestehen ausschließlich aus unbestimmten Rechtsbegriffen, die die Kartellbehörde ausfüllen und anwenden muß. Sie muß dabei folgendermaßen vorgehen: Zunächst engt sie jede einzelne Voraussetzung soweit wie möglich ein. In jedem Fall bleibt

1) Vgl. Kartte, Perspektiven, aaO., S.128.

2) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.10.

ein Bereich, der nicht eingrenzbar ist. Diesen muß sie mit Werturteilen, die sich am Normzweck orientieren, ausfüllen. Sodann hat sie in einer Gesamtschau den Fall zu bewerten.

a) Überlegene Marktmacht

Dieser relative Begriff kann nur anhand des konkreten Falles durch Gegenüberstellung der Marktmacht verschiedener Wettbewerber ermittelt werden. Wie die Behörde diese Marktmacht festzustellen hat, sagt § 37a Abs.3 GWB nicht; hierfür kann sie die in § 23 Abs.1 Ziff.2 GWB aufgezeigten Maßstäbe heranziehen ¹⁾, nämlich Marktanteile, Finanzkraft, Marktzugang, Verflechtungen und Marktzutrittsschranken ²⁾.

Auch das OLG München wies im Beschluß vom 22.7.1982 ³⁾ darauf hin, daß bei der auf der "überragenden Marktposition" basierenden Ressourcenbetrachtung neben dem Marktpreis auch die Finanzkraft und die Überlegenheit im Zugang zu Beschaffungsmärkten zu berücksichtigen sei ⁴⁾. Welches Gewicht diesen einzelnen Faktoren zukommt, sagt das Gesetz nicht. Dies bleibt vielmehr der Bewertung durch die Behörde überlassen, die dabei keinen Ermessens-, sondern lediglich einen Beurteilungsspielraum hat, d.h. sie muß aufgrund der nur bei ihr

1) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.11.

2) Vgl. zu diesen Merkmalen auch Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.59 ff.

3) WuW/E OLG 2738.

4) OLG München, WuW/E OLG 2738 S.2740; so auch Friedrich, Die neuen Mißbrauchstatbestände in der 4.Novelle zum GWB (§§ 22 und 37a III) in: BB 80, 1553 S.1557; Ulmer, aaO., S.487 f., der allerdings den Marktanteil besonders betont.

vorhandenen Sachnähe die Einzelergebnisse gewichten und sich im Rahmen der Gesamtbetrachtung ein - zu belegendes nachvollziehbares - Urteil bilden.

Dies kann durchaus dazu führen, daß eines der genannten Merkmale schon zur Bejahung der Normadressatenschaft ausreicht: Im Fall "Vergaserkraftstoff-Abgabepreise" ¹⁾ begnügte sich das KG mit der in diesem Extremfall ausreichenden Feststellung: "Die Beschwerdeführerin kann aufgrund ihrer finanziellen Ressourcen als vertikal integriertes Großunternehmen jederzeit die Verhältnisse auf einem einzelnen lokalen Wettbewerbsmarkt, wo sie sich in unerwünschter Konkurrenz zu einer Freien Tankstelle sieht, wesentlich beeinflussen und hat deshalb jeder Freien Tankstelle gegenüber ein erhebliches Beeinflussungspotential" ²⁾ .

b) Vergleich zu kleinen und mittleren Wettbewerbern

Während § 22 Abs.1 GWB überlegene Marktmacht gegenüber allen Mitbewerbern fordert, reicht bei § 37a Abs.3 GWB ein Vorsprung gegenüber einem Teil der Wettbewerber, nämlich den kleinen und mittleren Marktteilnehmern aus. Welche Unternehmen zu diesem Kreis zählen, sagt das Gesetz nicht, doch kann die Behörde anhand absoluter und relativer Kriterien durchaus Eingrenzungsmaßstäbe finden.

Zwar sind für die Zugehörigkeit zum Kreis kleiner und mittlerer Wettbewerber keine genauen Umsatzzahlen ausschließlich maßgeblich, sondern nur ein Vergleich zwischen behindernden und behinderten Unternehmen. Schwierig ist nur die Abgrenzung der mittleren von den großen Unternehmen.

1) KG v. 3.5.82, WuW/E OLG 2620; hier handelte es sich aber nur um den Anfangsverdacht bezüglich der Normadressatenschaft.

2) KG, WuW/E OLG 2620 S.2622.

Unabhängig von den sonstigen Marktteilnehmern wird ein Unternehmen, das die für die uneingeschränkte Anwendung der Fusionskontrolle maßgebende Umsatzgrenze von 500 Mio.DM Jahresumsatz gemäß § 24 Abs.8 Ziff.1 GWB überschreitet, nicht mehr zum Kreis der mittleren Unternehmen gehören ¹⁾. Mit gutem Grund könnte die Kartellbehörde sogar die Umsatzgrenze des § 22 Abs.3 N.1 HS.2 GWB von 250 Mio.DM Jahresumsatz heranziehen ²⁾.

Eine relative Grenzziehung ermöglicht ihr der Vergleich kleiner und mittlerer mit dem bzw. den größten auf dem betreffenden Markt tätigen Unternehmen ³⁾ sowie die Relation zum marktmächtigen Behinderer. Dabei kann sie die zu § 5b GWB entwickelten Maßstäbe heranziehen. Eine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung wird dort in Anlehnung an den Ausschlußbericht zu § 5b GWB ⁴⁾ verneint, wenn die Kartellbeteiligten - die kleine und mittlere Unternehmen sein müssen - einen Marktanteil von weniger als 10 bis 15% innehaben. Auf die hier bedeutsamen Fälle könnte man diese Grenze dahingehend abwandeln, daß die Grenze der überlegenen relativen Marktmacht des Behinderers jedenfalls ab diesem Marktanteil überschritten ist ⁵⁾. Anhand eines oder mehrerer der aufgezeigten Kriterien kann die Behörde also die relative Marktmacht bestimmen oder wenigstens eingrenzen. Abschließend muß sie aber immer nochmals einen Vergleich des Betroffenen mit den geschützten Unternehmen unter Berücksichtigung der Zielrichtung des § 37a Abs.3 GWB vornehmen; auf diese Weise kann sie ausschließen, daß ein mittlerer Wettbewerber als relativ marktmächtiger deshalb betrachtet wird, weil auf dem betreffenden Markt nur große Wettbewerber

1) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.13; § 23a, Anm.6; Ulmer, aaO., S.487.

2) Vgl. Friedrich, aaO., S.1557.

3) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.13.

4) Vgl. Bundestag, aaO., S.30 mit Hinw. auf BT-Drucks. 7/765.

5) Vgl. Ulmer, aaO., S.487.

agieren ¹⁾.

c) Wesentliche Beeinflussung der Marktverhältnisse

Mit der Forderung, daß dem potentiellen Adressaten gesamtwirtschaftliches Gewicht zukommen müsse, wird nicht etwa eine selbständige Eingriffsvoraussetzung geschaffen; hierin ist lediglich eine zusätzliche Umschreibung der Adressateneigenschaft zu sehen ²⁾. In Anlehnung an den Wortlaut des § 1 GWB reicht es aus, wenn das Potential zur wesentlichen Beeinflussung vorhanden ist. Aus der Gesetzessystematik ergibt sich, daß das gesamtwirtschaftliche Gewicht größer als das eines Kartells sein muß, das die Spürbarkeitsschwelle des § 1 GWB überschreitet, andererseits aber nicht so groß wie das eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne des § 22 Abs.1 GWB ist ³⁾.

Solch einen Einfluß kann die Kartellbehörde jedenfalls dann bejahen, wenn das mißbräuchlich handelnde Unternehmen mit seinen Marktstrategien entweder Marktanteilsverschiebungen zu seinen Gunsten oder Gegenreaktionen der - mächtigeren - Konkurrenten erzwingen kann ⁴⁾.

Dies ist vor allem bei Kampfpreisunterbietungen der Fall: Stehen anderen mächtigen Wettbewerbern ebenfalls erhebliche finanzielle Ressourcen zur Verfügung, können sie - zumindest eine gewisse Zeit - ihre Preise ebenfalls entsprechend reduzieren; ist das nicht der Fall, schwinden Umsätze und Marktanteile solange, bis die behinderten Unternehmen zur Aufgabe gezwungen werden.

1) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.13.

2) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.14; Ulmer, aaO., S.488.

3) Vgl. Ulmer, aaO., S.488; OLG München, WuW/E OLG 2738 S.2741 "Wertkauf".

4) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.14.

Die Möglichkeit, aufgrund von Größenvorteilen die Marktverhältnisse wesentlich beeinflussen zu können, haben typischerweise zwei Adressatengruppen:

- Einzelhandelsgroßbetriebe, die auf einem mittelständisch strukturierten Markt arbeiten: zwar kommt - soweit auf deren Nachfrageverhalten basierende Behinderungspraktiken in Frage stehen, § 26 Abs.2, 3 GWB zur Anwendung. Mit § 37a Abs.3 GWB kann die Behörde die Behinderungspraktiken im Anbieterwettbewerb erfassen; dies ist vor allem deshalb wichtig, weil es sich im Einzelhandel um einen reinen Nachfragermarkt handelt ¹⁾.
- Oligopolisten, die der Mißbrauchsaufsicht des § 22 Abs.4 GWB nur deshalb entzogen sind, weil auf dem relevanten Markt zwischen den Oligopolisten Wettbewerb herrscht (§ 22 Abs.2 GWB). Sie sind noch sehr wohl in der Lage, Marktverhältnisse wesentlich zu beeinflussen; ihre Gefährlichkeit zeigt sich vor allem dann, wenn sie untereinander in den Wettbewerbskampf eintreten: Kleinere und mittlere Wettbewerber müssen dabei notwendigerweise auf der Strecke bleiben, da ihnen keine vergleichbaren Ressourcen zur Verfügung stehen ²⁾.

Festzuhalten bleibt in diesem Zusammenhang, daß es für die Betroffenen möglich ist, ihre Adressateneigenschaft zu erkennen und einzugrenzen. Der verbleibende Bereich ist von der Kartellbehörde mit Werturteilen auszufüllen; diese müssen allerdings logisch begründet und mit ausreichenden empirisch beobachtbaren Argumenten belegt werden ³⁾⁴⁾.

1) Vgl. Ulmer, aaO., S.489; Lademann, aaO., S.758.

2) Vgl. Ulmer, aaO., S.489; Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.14.

3) Vgl. Lademann, aaO., S.762.

4) Auf die Problematik der Marktbegrenzung kann hier nicht näher eingegangen werden; Bestimmtheitsprobleme sind bei dieser Frage nicht ersichtlich bzw. ausschließlich am konkreten Fall lösbar. Im Vordergrund steht hier die Frage der materiellen Gesetzesinterpretation; vgl. hierzu z.B. die Ausführungen des BKartA v. 5.5.83, Az: B9-712000-T-1019/81 "Coop Bremen", S.17 ff. (in WuW/E BKartA 2029 nicht enthalten); Lademann, aaO. mit grundsätzlicher Kritik.

2. Konkretisierung der Mißbrauchsgrenze (unbillige Behinderung)

Das zentrale Problem für die Behörde liegt hier in der Festlegung einer für den Verfügungsadressaten ausreichend bestimmten Mißbrauchsgrenze. § 37a Abs.3 GWB gibt ihr als Grundlage nur den unbestimmten Rechtsbegriff der unbilligen Behinderung an die Hand.

Bei der Gesetzesanwendung kann sie die zu anderen Vorschriften entwickelten Grundsätze und die bereits vorhandene Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe heranziehen. Die Eingriffsvoraussetzung der unbilligen Behinderung stimmt wörtlich mit der des § 26 Abs.2 S.1 GWB überein. Deshalb kann die Kartellbehörde die dazu entwickelten Grundsätze übernehmen und im Rahmen des Normzwecks des § 37a Abs.3 GWB weiterentwickeln ¹⁾.

a) Feststellung der unbilligen Behinderung

Der Begriff der Behinderung ist sehr weit aufzufassen. Er "umfaßt jede unmittelbare und mittelbare Beeinträchtigung der Betätigungs- und Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen" ²⁾. Der Begriff der Behinderung ist objektiver Natur. Entscheidend ist nur, ob von den entsprechenden Maßnahmen nachteilige Auswirkungen gegenüber bestimmten Wettbewerbern, nämlich den geschützten kleinen und mittleren Unternehmen, ausgehen ³⁾. Für Untersagungsverfügungen muß die Behörde dafür nur die Handlungen und deren Auswirkungen konkret feststellen; dabei sind nur Tatsachenfeststellungen erforderlich - mit der Feststellung einer Behinderung ist auch noch keine (negative) Wertung verbunden.

Das Unwertkriterium ist das Merkmal der Unbilligkeit, das

1) S. dazu z.B. Langen/Niederleithinger, aaO., § 26, Anm.156 ff.

2) Emmerich, Kartellrecht, aaO., S.211; vgl. auch Markert, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, aaO., § 26, Anm.183 ff.; Westrick/Loewenheim, GWB-Kommentar, § 26, Anm.118 ff., 4.Aufl., Berlin 1977.

3) Vgl. Ulmer, aaO., S.490; v.Gamm, aaO., § 26, Anm.20.

- aufgrund der Interessenabwägung der Belange des Behinderers und der Behinderten ¹⁾, weiterhin

- durch Ermittlung und Bezugnahme auf den Wertungsgegensatz zwischen leistungsbezogenem und dem zur Behinderung führenden leistungsfremden Wettbewerb konkretisiert ²⁾ und

- durch den von der Behinderung ausgehenden Wettbewerbseinfluß bestimmt wird. Obgleich das zuletzt genannte Merkmal im Rahmen des § 37a Abs.3 GWB als eigenständige Eingriffsvoraussetzung formuliert wurde, kommt es auch bei der Beurteilung der Unbilligkeit - wie bei § 26 Abs.2 GWB - auf den Wettbewerbs- einfluß der Maßnahme an: Käme es für die Beurteilung der Unbilligkeit nämlich bei der Interessenabwägung nur noch auf - wertungsfreie - betriebswirtschaftliche Interessen der Behinderten und der Behinderer ohne Einbeziehung der Marktfolgen an, so wäre den Interessen der Behinderer in der Regel der Vorrang einzuräumen, da die Maßnahmen selbst nicht als unlauter beurteilt werden. Die ausdrückliche Anordnung der Marktfolgenprüfung in § 37a Abs.3 GWB sollte nur schärfere Anforderungen für Behinderungsmaßnahmen lediglich relativ marktmächtiger Unternehmen festschreiben ³⁾.

b) Preismißbrauchsgrenze

Bei der Analyse des Kaufmarkt-Falles ⁴⁾ wurde bereits aufgezeigt, daß und warum langfristige Verlustpreisstrategien unbillige Behinderungen gemäß § 37a Abs.3 GWB dar-

1) Vgl. v.Gamm, aaO., § 26, Anm.21; Langen/Niederleithinger, aaO., § 26, Anm.28 m.w.Nachw.

2) Vgl. Ulmer, aaO., S.490; ders., Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen in: GRUR 77, 565 S.575 f.; Lehmann, Schutz des Leistungswettbewerbs und Verkauf unter Einstandspreis in: GRUR 79, 368 S.371; Hölzler/Satzky, aaO., S.32 ff., 50, 120; WuW/E BKartA 1805 "International Harvester", S.1808; WuW/E BKartA 1817 "Fertigfutter" (Effem), S.1827 ff., bes. S.1828.

3) Vgl. Ulmer, aaO., S.490.

4) Vgl. oben S.141 ff.

stellen: Wesentlicher Grund dafür war, daß leistungs-fremde Mittel - nämlich größenbedingte finanzielle Ressourcen - dafür eingesetzt werden müssen und kleinere und mittlere Mitbewerber dadurch beeinträchtigt werden. Im Rahmen der Interessenabwägung sprechen keine sinnvollen betriebswirtschaftlichen Gründe zugunsten der die Verluste hinnehmenden Behinderer, wohl aber solche zu-gunsten der Behinderten. Bei der Kaufmarkt-Entscheidung wurde als Mißbrauchsgrenze der Einkaufspreis festgelegt, bei dessen Ermittlung die Nachlässe der Lieferanten nur insoweit in Abzug zu bringen waren, als sie nicht auf machtbedingten Vorzugskonditionen beruhten ¹⁾. Diese Grenze genügte auch - entgegen der Auffassung der Recht-sprechung - den Bestimmtheitsanforderungen.

Bei der Konkretisierung der Mißbrauchsgrenze hat die rechtsanwendende Behörde danach zu fragen, ob diese Mißbrauchsgrenze die einzig mögliche und richtige ist bzw. ob und welche weiteren hinreichend bestimmbaren Grenzen existieren. Da § 37a Abs.3 GWB in der Praxis der Kartellbehörden vor allem bei Untereinkaufspreisver-käufen im Lebensmittel-Einzelhandel Bedeutung erlangt hat, wird primär auf diese Problematik eingegangen, doch können die Aussagen für mißbräuchlich niedrige Preise auch auf die Forderung mißbräuchlich überhöhter Preise übertra-gen werden.

Der Eintritt in Verlust- und Gewinnzonen beim Warenhandel kann vereinfacht anhand eines beliebigen Kostenträgers bzw. Produktes dargestellt werden ²⁾ (vgl. Abb. S. 181).

-
- 1) Auf diese Einschränkungen verzichtet das BKartA bei der Coop-Entscheidung.
 - 2) Vgl. allg. zu den Methoden der Zuschlagskalkulation: Haberstock, aaO., S.108 ff.; Heinen, aaO., S.15 ff. Im folgenden ist nur von Nettobeträgen die Rede. Umsatz-steuern - also beim Einkauf die Vorsteuer und beim Ver-kauf die Mehrwertsteuer - bleiben hier gänzlich außer Betracht, da sie - wie gezeigt - ohnehin nur durchlaufende Posten und erfolgsneutral sind. Es versteht sich von selbst, daß der entsprechende Verkaufspreis dann eben-falls der Nettopreis ist.

Abgrenzbare Preisbestandteile:

Verkaufspreis	Gewinn vor Steuern		Handelsspanne
	Fixkostenanteil		
	Anteil der variablen Kosten		
	Bezugskosten		
Bruttoeinkaufspreis	Listenpreis = Angebotspreis der Lieferanten		Einstandspreis
	reguläre Rabatte (z.B. Treueumsatzrabatte)		
	Skonti		
Einkaufspreis netto unter Berücksichtigung regulärer Nachlässe	marktmachtbedingte Vorzugsbedingungen (Sonderkonditionen)		
	Zahlungsbetrag (Mißbrauchsgrenze im Coop-Fall)		

Fordert ein Unternehmen Preise unterhalb des Betrages, den es an seine Lieferanten zahlt ("Zahlungsbetrag"), so handelt es sich auf jeden Fall um einen Verlustpreis - Nachweisschwierigkeiten gibt es hier nicht, ebenso keine Bestimmtheitsprobleme. Das BKartA hat in seiner Coop-Verfügung ¹⁾ diese Mißbrauchsgrenze zugrundegelegt. Allerdings läßt sie Umgehungsmöglichkeiten durch Rabattkonzentrationen offen, so daß sich die Betroffene leicht der Verfügungsanordnung entziehen kann, indem sie ihre Lieferanten ²⁾ veranlaßt, Nachlässe auf die von der Verfügung betroffenen Produkte zu geben, während auf andere Waren entsprechend weniger Vergünstigungen gewährt werden.

Deshalb erscheint auch die von der LKartB Bayern festgelegte Mißbrauchsgrenze sachgerechter, die den Abzug marktmachtbedingter Sonderkonditionen nicht zuläßt. Die entstehenden Nachweis- und Bestimmtheitsprobleme können - wie oben gezeigt wurde ³⁾ - bewältigt werden. Nur hier sind

- 1) Vfg. v. 5.5.83, Az: B9-712000-T-1019/81, S.1, 15 (in WuW/E BKartA 2029 nicht enthalten).
- 2) Relativ marktstarke Handelsunternehmen besitzen in der Regel großen Einfluß bei ihren Lieferanten.
- 3) s. oben S.145 ff.

annähernd vergleichbare Preise zu ermitteln - dem behinderten Unternehmen stehen nämlich solche Konditionen gerade nicht zur Verfügung.

Aber auch bei dieser Mißbrauchsgrenze befindet sich das Unternehmen noch immer in der Verlustzone: Für zahlreiche Waren fallen bei der Beschaffung Bezugskosten, also Frachten, Verpackungskosten, Porto, Zoll-, Ladegebühren u.ä. an. Erfolgt die Lieferung unfrei, fallen diese Kosten dem Käufer zur Last und verteuern so das Produkt entsprechend. Nur wenn sie im Einzelhandels-Verkaufspreis enthalten sind, können Verluste vermieden werden. Schwierigkeiten bereitet die Feststellung dieser Bezugskosten dann, wenn der Kunde - also das betroffene Unternehmen - selbst einen Fuhrpark unterhält und unfrei gekaufte Waren durch eigene Fahrzeuge und eigenes Personal abholen läßt. Es ist in der Regel zu aufwendig bzw. undurchführbar, die entsprechenden Kosten für das Abholen der Ware zu ermitteln. Zwar stellt das Unternehmen für eigene Kalkulationszwecke Rechnungssätze, etwa Kosten pro Tonnenkilometer, auf, die den einzelnen Produkten zugeschlagen werden können, doch verbietet sich die Anordnung einer solchen Ermittlung der Bezugskosten durch die Kartellbehörde aus rechtsstaatlichen Gründen: Der Aufwand einer exakten Ermittlung ist grundsätzlich nicht zu rechtfertigen; eine Schätzung muß das betroffene Unternehmen nicht akzeptieren. Die Kartellbehörde müßte den Anfall der Kosten in der genauen Höhe nachweisen; dazu wäre eine vollständige Erfassung innerbetrieblicher Daten erforderlich - derartige Maßnahmen würden offensichtlich gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip verstoßen - und stünden ohnehin jenseits der Grenze personeller Möglichkeiten einer jeden Kartellbehörde.

Denselben praktischen Schwierigkeiten begegnet die Feststellung der auf jede Produkteinheit entfallenden Anteile

an variablen und fixen Kosten: Die Verlustzone wird nur dann überschritten, wenn der Verkaufspreis neben den Produktkosten auch die Kosten abdeckt, die vom Eintreffen der Ware bis zu deren Weiterveräußerung anfallen. Diese Kosten können entweder direkt einem ganz bestimmten Produkt zugeschlagen werden, oder sie fallen zwar bei der Veräußerung an, jedoch weitgehend unabhängig von der Anzahl der Wareneinheiten.

Die erste Kostengruppe bezeichnet man als variable Kosten, variabel deshalb, weil eine unmittelbare Beziehung zum konkreten Produkt herzustellen ist. Im Handelsbereich fallen sie grundsätzlich nur in geringem Umfang an, so z.B., wenn ein Produkt eine neue kundenwirksame Verpackung erst beim Handelsunternehmen erhält: Eine Verpackungseinheit kostet dann x DM; dieser Betrag x kann dann bei der Kalkulation jeder Wareneinheit zugeschlagen werden. Dieses Beispiel ist aber in starkem Maße vereinfacht: In der Regel sind variable Kosten zwar - theoretisch - zuordenbar, in der Praxis wird aber auch hier nur mit Zuschlagssätzen gearbeitet. Die Abgrenzung der variablen von den fixen Kosten erfolgt in den Betrieben aus Zweckmäßigkeitsgründen: Ist ein Kostenfaktor zwar abstrakt den variablen Kosten zuzurechnen, seine Ermittlung und Verteilung aber zu aufwendig und deshalb unwirtschaftlich, so wird er dem Fixkostenblock zugeschlagen, der dann nach einem oder mehreren Verteilungsschlüsseln den einzelnen Waren zugerechnet wird ¹⁾.

1) Auf das Problem der stufenweise ansteigenden variablen Kosten kann nur hingewiesen werden: dies sind variable Kostenbestandteile, die nicht linear pro Produkteinheit ansteigen, sondern sprunghaft - für die Produkteinheiten 1-100 reichen z.B. variable Kosten in Höhe von x aus; für die 101. Produkteinheit fällt dann ein voller zweiter Kostenblock an (also 2 x für die Einheiten 1-101), der bis zur 200. Einheit konstant bleibt.

Die zweite Gruppe (fixe Kosten) enthält alle Kosten, die für den Betrieb als solchen anfallen, grundsätzlich unabhängig davon, wieviele und welche Produkte umgesetzt werden, teilweise sogar unabhängig davon, ob das Unternehmen aktiv tätig oder stillgelegt ist: In solchen Fällen sind in der Regel Mieten, Pachten und vor allem Löhne und Gehälter noch eine gewisse Zeitspanne weiterzuzahlen. Typische Fixkosten sind Licht, Heizung, Fuhrparkkosten, Löhne und Gehälter sowie Sozialabgaben. Im Betrieb werden sie zusammengerechnet. Der dadurch entstehende Kostenblock wird dann - mehr oder weniger willkürlich - den einzelnen Kostenträgern zugeschlagen. Eine produktbezogene Aufteilung ist weder theoretisch noch praktisch durchführbar.

Obwohl also variable und fixe Kosten richtigerweise bei der Ermittlung der Preismißbrauchsgrenze einbezogen werden müßten, scheitert dieses Vorgehen in der Praxis. Die Behörde könnte nie den - ausreichend bestimmten - Nachweis führen, daß über den Einstandspreis hinausgehende Kostenbestandteile ebenfalls durch den Verkaufspreis abgedeckt wären ¹⁾.

Festzuhalten bleibt also, daß die materiell richtige Preismißbrauchsgrenze zwar der Einstandspreis zuzüglich variabler und fixer Kostenanteile ist; mangels Nachweisbarkeit und

-
- 1) Dasselbe Dilemma der Zuordnung von variablen und fixen Kosten ergibt sich bei selbst hergestellten Produkten. Die in der Kaufmarkt-Entscheidung angekündigte weitere Verfügung, mit der insbes. gegen mißbräuchliche Fleischpreise vorgegangen werden sollte, ist nie ergangen. Diese Warengruppe produziert die Betroffene im eigenen Betrieb; deshalb gibt es hier auch keinen Einkaufs- bzw. Einstandspreis als Marktpreis, sondern nur innerbetriebliche Verrechnungsdaten. In solchen Fällen werden die Kartellbehörden entweder versuchen müssen, einen Kompromiß mit dem betroffenen Unternehmen zu schließen, oder aber mittels Gutachten - z.B. von unabhängigen Wirtschaftsprüfern - einen Preis bestimmen zu lassen, in dem variable und fixe Kosten genau zu berechnen und zu begründen sind. Ob ein Fall einen derartigen Aufwand rechtfertigen wird, mag an dieser Stelle offen bleiben.

aufgrund der praktischen Möglichkeiten der Preismißbrauchs-
kontrolle jedoch der tatsächlich gezahlte Einkaufspreis -
ohne Berücksichtigung marktmachtbedingter Sondervorteile
im Sinne des § 26 Abs.2, 3 GWB - als Grenze herangezogen
werden sollte.

3. Konkretisierung der Grenze: Eignung zur nachhaltigen
Wettbewerbsbeeinträchtigung (Wesentlichkeitsgrenze)

Die Kartellbehörde darf unbillige Behinderungen nur unter-
sagen, soweit sie zur nachhaltigen Wettbewerbsbeeinträch-
tigung geeignet sind ¹⁾. Ziel und Zweck einer solchen
"gesamtmarktbezogenen Folgebetrachtung" ²⁾ ist es,
die Untersagung mißbräuchlichen Verhaltens von nur rela-
tiv marktmächtigen Unternehmen von erheblicheren Marktfolgen
abhängig zu machen, als dies z.B. bei marktbeherrschenden
Unternehmen ³⁾ der Fall ist ⁴⁾. Bei der Beurteilung der
Wesentlichkeitsgrenze muß die Behörde alle Marktfolgen be-
rücksichtigen. Dabei muß sie anschließend feststellen, ob
die zu untersagenden Maßnahmen über die Behinderung der klei-
nen und mittleren Unternehmen hinaus Marktstrukturverän-
derungen bewirken und den Wettbewerb als solchen beeinträch-
tigen können ⁵⁾.

a) Geeignetheit zur Wettbewerbsbeeinträchtigung

Auf dem relevanten Markt müssen also kleine und mittlere
Unternehmen aktiv und in wettbewerbsrelevantem Ausmaße

1) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.17.

2) BKartA, WuW/E BKartA 2029 S.2034.

3) Vgl. z.B. § 22 IV, S.2 Nr.1 GWB: die Anforderungen an
die Marktfolgen sind hier geringer.

4) Vgl. Ulmer, aaO., S.491.

5) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.17; Ulmer,
aaO., S.491; Bundestag, aaO., S.30.

tätig sein. Ist dies nicht der Fall, so besteht von vornherein keine Gefahr, daß das mißbräuchliche Verhalten Wettbewerbsstrukturen verschlechtern könnte - das Gesetz bezweckt gerade keinen unmittelbaren Schutz kleiner und mittlerer Wettbewerber ¹⁾. Geht aber die Behinderungswirkung über die Beeinträchtigung der Mitwettbewerber hinaus, und beeinträchtigt oder gefährdet sie den Restwettbewerb, also insbesondere die mittelständische Strukturierung, auf Dauer und nicht nur unerheblich, so kann die Kartellbehörde dagegen vorgehen ²⁾.

Im Rahmen der Preismißbrauchsaufsicht kann davon ausgegangen werden, daß Verlustpreisstrategien auf dem mittelständisch strukturierten Einzelhandelsmarkt generell dazu geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinträchtigen ³⁾. Die Kartellbehörde muß die zugrundeliegenden Fakten ermitteln und dazu u.U. eigene Umfragen etc. initiieren. Die Annahme der "Geeignetheit" bedarf aber letztlich einer wertenden Entscheidung.

b) Nachhaltigkeit

Die Behörde muß allerdings auch die Nachhaltigkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung hinreichend bestimmt und für den Adressaten nachvollziehbar darlegen und begründen: Der Betroffenen sind ja Verlustpreisstrategien per se nicht verwehrt; sie hat also ein Interesse daran, Niedrigpreise - u.U. auch Verlustpreise - als Mittel des Preiswettbewerbes und bedeutendes Werbemittel einzusetzen.

1) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.17.

2) Vgl. Ulmer, aaO., S.491, der auf die Rechtsprechung des Kammergerichts zurückgreift; vgl. KG, WuW/E OLG 1767 S.1773 f. "Kombinationstarif"; WuW/E OLG 1983 S.1986 f. "Rama"; Bundestag, aaO., S.30.

3) S. oben S.139; vgl. weiter BKartA, WuW/E BKartA 2029 S.2038 f.

Eine Untersagungsverfügung muß deshalb eine Grenze erkennen lassen, bis zu der Untereinkaufspreise zulässig sind. Eine absolute und in Zahlen ausdrückbare Grenze ist aber weder gefordert noch sinnvoll. Nicht ausreichend sind aber auch vage Hinweise auf kurzzeitige Sondermaßnahmen und die Zulässigkeit bei verderblichen oder modischen Waren.

Ausreichende Anhaltspunkte kann die Adressatin durch Auslegung der Verfügung dann gewinnen, wenn in der Begründung dargelegt wird, nach welchen Kriterien und aufgrund welcher Bewertungen die Behörde zu dem Schluß gekommen ist, daß die Nachhaltigkeit gegeben ist. Maßgebliche Kriterien sind Art, Ausmaß, zeitliche Dauer und Umfang der Einkaufspreisunterschreitungen ¹⁾.

Die empirischen Daten kann die Behörde gegebenenfalls als repräsentative Stichproben - ohne wesentliche Schwierigkeiten - erheben. Dann hat sie diese Daten unter Berücksichtigung des Normzwecks zu gewichten. In einer Gesamtchau kann sich ergeben, daß der systematische Verlustpreisverkauf mit zahlreichen ständig wechselnden Produkten unter erheblichem Werbeeinsatz dieselben Auswirkungen hat wie der Verkauf nur weniger Artikel über einen Zeitraum von Monaten ²⁾. Für die Grenzziehung soll die Kartellbehörde aber - bezogen auf den konkreten Fall - darlegen, wann die Nachhaltigkeit nicht mehr gegeben ist. So könnte z.B. festgestellt werden, daß beim Verkauf von nicht mehr als fünf Produkten, bei denen der Einkaufspreis um weniger als 10% unterschritten wird, jedenfalls keine Nachhaltigkeit vorliegt - auch eine solche Feststellung muß allerdings nachvollziehbar begründet werden.

1) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 37a, Anm.17; BKartA v. 5.5.83 "Coop Bremen", S.51 ff. (in WuW/E BKartA 2029 nicht enthalten).

2) Vgl. BKartA v. 5.5.83 "Coop Bremen", S.54 f. (in WuW/E BKartA 2029 nicht enthalten.).

Dem Bestimmtheitserfordernis in diesem Punkte genügt eine Preismißbrauchsverfügung jedenfalls dann, wenn der Betroffene die von seinem mißbräuchlichen Verhalten ausgehenden Wettbewerbswirkungen erkennen, und zusätzlich jedoch sein künftiges Verhalten dahingehend einrichten kann, daß er alle Wettbewerbsmittel bis zur zulässigen Grenze ausschöpft - deshalb muß er auch wissen, mit welcher Intensität er an Untereinkaufspreisverkäufen festhalten darf.

IV. Bestimmtheitsprobleme bei Untersagungsverfügungen auf der Grundlage des § 22 Abs.4, 5 GWB

Nach § 22 Abs.4 i.V.m. Abs.5 GWB kann die Kartellbehörde Preise untersagen, "soweit" ¹⁾ sie die Mißbrauchsgrenze überschreiten. Solche Verfahren behandelten bislang lediglich das Fordern zu hoher Preise ²⁾. Wenig beachtet wurde bisher, daß marktbeherrschende Unternehmen auch durch Kampfpreisunterbietungen ³⁾ im Horizontalverhältnis und im Vertikalverhältnis durch das Ausbeuten von Lieferanten mißbräuchlich handeln können, indem sie überhöhte Nachlässe fordern oder auf andere Weise den Preis drücken. Grundsätzlich gelten aber für die Feststellung mißbräuchlich niedriger Einkaufspreise die gleichen Grundsätze wie für das hier im Vordergrund stehende Fordern mißbräuchlich erhöhter Preise; demnach ist auch das Vergleichsmarktkonzept anwendbar ⁴⁾.

1) § 22 IV S.1 GWB.

2) Die bedeutendsten bisher waren WuW/E BGH 1345 "Polyestergrundstoffe"; WuW/E BGH 1435 "Vitamin B 12; WuW/E BGH 1678 "Valium II".

3) angesprochen in WuW/E OLG 2620 S.2623 "Vergaserkraftstoff-Abgabepreise".

4) Vgl. Benisch, Marktvergleich zur Feststellung mißbräuchlicher Preise, in: WuW 84, 801 S.803.

1. Beschränkungen der Preismißbrauchsaufsicht gemäß § 22 GWB

Zunächst ist zu klären, in welchem Umfang und nach welchen Kriterien die Behörde Maßnahmen nach § 22 GWB ergreifen können.

a) Normative Begrenzung

Obwohl die Generalmißbrauchsklausel des § 22 GWB auch das Preisverhalten umfaßt, müssen Untersagungsverfügungen normative Grenzen beachten: Die Normadressaten des § 22 GWB dürfen nicht mit kartellrechtlichen Mitteln den gesamtwirtschaftlichen Zielen des Stabilitätsgesetzes verpflichtet werden: Staatliche Eingriffe in den Wirtschaftsablauf ¹⁾ erfolgen im marktwirtschaftlichen System nicht durch unmittelbare Steuerung, sondern nur durch indirekte Einflußnahme auf gesamtwirtschaftliche Parameter. Das Ziel der Preisniveaustabilität darf also nicht durch Preiskontrollmaßnahmen, sondern nur durch die Beeinflussung von Gesamt-Angebot und Gesamt-Nachfrage angestrebt werden. Die Beziehungen zwischen den einzelnen Marktteilnehmern sollen durch Wettbewerb gesteuert werden. Die Erfahrung hat aber gezeigt, daß die Wettbewerbskräfte bei unvollkommener Konkurrenz nicht immer ausreichend wirken können. Deshalb müssen gesamtwirtschaftliche Ziele wie Vollbeschäftigung, Preisniveaustabilität, stetiges Wachstum und außenwirtschaftliches Gleichgewicht ²⁾ durch Globalsteuerung angestrebt werden. Auch die Monopolkommission ³⁾ hat ausdrücklich darauf

1) Vgl. § 1 StabG.

2) Vgl. Horst Friedrich, aaO., S.25; Teichmann, Grundriß der Konjunkturpolitik, 3.Aufl., München 1982, S.77 ff.

3) Vgl. Monopolkommission: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, Gutachten v. Febr.1975, Rz.19, Baden-Baden 1975.

hingewiesen, daß § 22 GWB die Grenzen, die jede Maßnahme der Globalsteuerung beachten muß, auch für marktbeherrschende Unternehmen nicht aufheben kann ¹⁾.

b) Subsidiarität

Die Kartellbehörde muß beim Erlaß von Verfügungen gemäß § 22 Abs.4 i.V.m. Abs.5 GWB berücksichtigen, daß es ihre vorrangige Aufgabe ist, das Entstehen wettbewerbsfeindlicher Marktstrukturen zu verhindern. Wettbewerbstheoretisch läßt sich die Subsidiarität von Preismißbrauchsmaßnahmen aus der Funktion des Wettbewerbs ableiten: Man kann nämlich "phänomenologisch ... unter Wettbewerb jene Interaktionsprozesse verstehen, die sich aus Wahrnehmung wirtschaftlicher Freiheitsrechte unter Bedingung unvollkommener gegenseitiger Informationen ergeben" ²⁾. Bewirken aber die Aktionen der Marktteilnehmer die Behinderung und letztlich die Außerkraftsetzung der Wettbewerbskräfte, so überschreiten sie die Grenze zulässigen Gebrauchs ihrer Freiheitsrechte. Deshalb muß es vorrangig die Aufgabe der Kartellbehörden sein, das Entstehen wettbewerbsgefährdender Strukturen zu verhindern; Marktergebniskontrollen - zu denen die Preismißbrauchsaufsicht gehört - können nur die Auswirkungen korrigieren, nicht aber die Ursachen ändern, sie dürfen also nur als ultima ratio eingesetzt werden.

Die Subsidiarität der Preismißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB resultiert auch daraus, daß das GWB "von einer Prädominanz der gesellschaftspolitischen, freiheitssichernden Zielvorstellungen ausgeht" ³⁾. Dafür spricht einmal, daß § 1 GWB eine zentrale Stellung im GWB einnimmt, zum anderen

1) Vgl. Möschel, Preiskontrollen über marktbeherrschende Unternehmen in: JZ 75, 393 S.394; ders., Marktmacht und Preiskontrolle in: BB 76, 49 S.50; ders., Rechtsordnung, aaO., S.34.

2) Möschel, Preiskontrollen, aaO., S.394.

3) Möschel, Preiskontrollen, aaO., S.394; vgl. auch ders., Wirtschaftsrecht der Banken, aaO., S.337-363.

auch § 24 GWB, mit dessen Hilfe das Entstehen marktbeherrschender Stellungen verhindert werden soll ¹⁾.

Daraus ergibt sich noch eine weitere Einschränkung innerhalb des Anwendungsbereiches des § 22 GWB: Hierauf gestützte Untersagungsverfügungen haben in erster Linie die Aufgabe, die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs zu erhalten und nicht simulierte wettbewerbsähnliche Preise anzuordnen. Ersteres kann mit dem Einschreiten gegen Behinderungsmißbrauch erreicht werden, während Preiskontrollen nur das letztere ermöglichen und auch deshalb nur subsidiär zum Zuge kommen sollen ²⁾.

2. Konkretisierung des Begriffs Marktmacht

Der Begriff der Marktbeherrschung bezieht sich nicht auf das Unternehmen als solches, ist also weder eine rechtliche noch eine tatsächliche, absolute Eigenschaft. Marktbeherrschung ergibt sich nach § 22 Abs.1 u.2 GWB nur relativ in bezug auf Funktionen, Märkte, rechtliche Vorschriften und auf die Art der Leistungen ³⁾.

Bei der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung treten zwar erhebliche tatsächliche Schwierigkeiten auf ⁴⁾; rechtliche Bestimmtheitsprobleme sind in der Praxis aber nicht von Bedeutung, was vor allem auf die Subsidiarität der Mißbrauchsaufsicht zurückzuführen ist.

1) Vgl. Möschel, Preiskontrollen, aaO., S.394.

2) Vgl. Möschel, Marktmacht, aaO., S.50; ders., Preiskontrollen, aaO., S.395.

3) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.6; vgl. auch Hoffmann, Die Bedeutung von Preisen und Kosten bei der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB (I) in: DB 75, 289 S.289 f.

4) Vgl. zur Praxis des BKartA z.B.: Benisch, Die Mißbrauchsverfolgung marktbeherrschender Unternehmen durch Kartellbehörden und Gerichte in: DB 72, 173 S.174 ff.; zur Frage der Marktmachtfeststellung im Verfahren Vitamin B 12 (WuW/E OLG 1599) siehe Möschel, Marktmacht, aaO., S.52 f.

Weiterhin enthält das Gesetz die Marktbeherrschungsvermutung des § 22 Abs.3 GWB, was die Arbeit der Kartellbehörden wesentlich erleichtern kann; insbesondere treten dann keine Bestimmtheitsprobleme auf. Dies gilt aber nur, wenn die Vermutung auch im Rahmen von Untersagungsverfügungen nach § 22 Abs.4, 5 GWB angewendet werden darf, da im objektiven Verfahren das Amtsermittlungsprinzip gilt: Börner ¹⁾ hält die Anwendung des § 22 Abs.3 GWB hier für unzulässig und begründet dies vor allem damit, daß der Gesetzgeber die Auswirkungen eines Eingriffs in den Preismechanismus durch Mißbrauchsverfügungen nicht bedacht habe; insbesondere geben die Gesetzesmaterialien darüber keinen Aufschluß. In einem solchen Fall sei es ein "anerkannter Satz der Methodenlehre, daß eine restriktive Auslegung oder teleologische Reduktion dort geboten ist, wo Interessenkonflikte, die der Gesetzgeber nicht vorbedacht hat, vorliegen und der Wortlaut zu offenbar unangemessenen Ergebnissen führen würde" ²⁾. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. § 22 Abs.3 GWB besagt nicht, daß ein Unternehmen unter den dort genannten Voraussetzungen als marktbeherrschend gilt, sondern spricht nur eine widerlegliche Vermutung aus. Diese ändert nichts am Amtsermittlungsprinzip, das für das objektive Verfahren gilt ³⁾: Danach hat die Behörde den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln, also insbesondere auch Tatsachen zugunsten des Betroffenen zu verwerthen und Ermittlungen bei Anzeichen für die Widerlegbarkeit aufgrund der Angaben des Unternehmens fortzusetzen ⁴⁾.

-
- 1) Börner, Preiskontrollen durch Kartellbehörden nach § 22 GWB in: Börner (Hrsg.), Die Kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht, Düsseldorf, Frankfurt 1977, S.7 ff.
 - 2) Börner, Preiskontrollen, aaO., S.27; vgl. auch Gabriel, Preis-mißbrauchsaufsicht - Versuch einer Zwischenbilanz in: E.Günther zum 65.Geburtstag, hrsgg. v. Gutzler, Herion, Kaiser, Baden-Baden 1976, S.263 ff. (265 f.).
 - 3) Vgl. zu den Marktmachtvermutungen des § 22 Abs.3 Immenga/Mestmäcker, aaO., § 22, Anm.89 ff.; Langen/Niederleitzinger, aaO., § 22, Anm.36; vgl. zur Rechtsnatur BT-Drucks.7/765, S.14; 8/3690, S.35; BGH v. 21.2.1978 in: BB 78, 674 mit Anm.Markert; Möschel, Oligopolmißbrauch, aaO., S.183; WuW/E OLG 2234 S.2235 "Blei- und Silberhütte Braubach"; WuW/E OLG 1745 S.1751 "Sachs"; WuW/E OLG 1767 S.1770 "Kombinationstarif"; WuW/E OLG BGH 1749 S.1754 "Klöckner-Becorit".
 - 4) Vgl. zum Beschwerdeverfahren: WuW/E BGH 990 S.993 "Filtertüten"; WuW/E BGH 1283 S.1287 "Asbach Uralt"; vgl. auch Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.72 m.w.Nachw.; BKartA TB 73, BT-Drucks.7/2250, S.6.

Bleiben danach noch ungeklärte Punkte, so greift die Vermutung des § 22 Abs.3 GWB als objektive Beweislastregel ein ¹⁾.

Aufgrund der umfangreichen Ermittlungen ist nicht ersichtlich, inwiefern § 22 Abs.3 GWB gerade bei der Preis-mißbrauchsaufsicht zu offenbar unangemessenen Ergebnissen führen soll ²⁾. Auch der Grundsatz "in dubio pro reo" hindert die Anwendung des § 22 Abs.3 GWB nicht, der nur in bezug auf § 38 Abs.4, 1 Nr.2 und 4 GWB von Bedeutung ist. Mit einer Ordnungswidrigkeit kann nicht der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, sondern allein die Nichtbefolgung einer bestandskräftigen Untersagungsverfügung geahndet werden. Das Bußgeld ist aber schon dann verwirkt, wenn die Kartellbehörde die Zuwiderhandlung gegen den Verwaltungsakt nachweisen kann - der Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung ³⁾.

3. Das Problem der kassatorischen Maßnahme

Da wirtschaftslenkende Maßnahmen von vornherein nicht durch § 22 GWB gedeckt sind, können auf dieser Grundlage nur kassatorische Maßnahmen veranlaßt werden. Die Preis-mißbrauchsaufsicht kann also nur mißbräuchliche Preise verbieten; es ist jedoch umstritten, ob dies im konkreten Fall für jeden mißbräuchlichen Preis gilt, d.h. für alle Preise, die über einer von der Kartellbehörde festzustellenden Mißbrauchsgrenze liegen, oder ob sie sich darauf beschränken muß, nur den festgestellten konkreten Preis zu verbieten.

1) z.B. WuW/E OLG 1645 S.1649 ff. "Valium/Librium".

2) zum ganzen Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.78 ff.

3) Vgl. Börner, Preiskontrollen, aaO., S.11.

Beide Möglichkeiten belassen den Betroffenen ihre wirtschaftliche Handlungs- (= Preissetzungs-)Freiheit: Auch bei Untersagung von Preisen bei der Mißbrauchsgrenze bleibt es den Betroffenen unbenommen, jeden beliebigen Preis unter dieser Grenze zu fordern. Auch wenn nur ein bestimmter Preis untersagt wird, so steht es dem Unternehmen dennoch nicht frei, einen Preis über der - auch hier notwendig festzustellenden - Mißbrauchsgrenze zu fordern: Zwar muß die Kartellbehörde bei dieser Handlungsform erneut eine Verfügung erlassen; diese dürfte aber innerhalb relativ kurzer Zeit auszufertigen sein, da sämtliche empirischen Daten bereits vorliegen.

a) Untersagung des konkreten Preises

Kann die Kartellbehörde bei einer Verfügung nach § 22 Abs.4, 5 GWB alle Preise oberhalb der Mißbrauchsgrenze untersagen, so bedeutet dies faktisch eine Höchstpreis-anordnung¹⁾. Der Wortlaut des § 22 Abs.5 GWB spricht eher dafür, daß die Behörde - sollte das betroffene Unternehmen die Untersagung eines konkreten mißbräuchlichen Preises zu unterlaufen versuchen - in kurzen Zeitabständen so lange Verfügungen erlassen muß, bis die Preisbildung nicht mehr im mißbräuchlichen Bereich liegt. Auch nach § 22 Abs.5 S.1 2.Alt. kann sie ja nur Verträge für unwirksam erklären. Sind nur Teile des Vertrages mißbräuchlich, so steht es der Kartellbehörde jedenfalls nicht zu, die Verträge zu ergänzen. Eine

1) Vgl. Lenel, Vollständiger und freier Wettbewerb als Leitbilder für die Wettbewerbspolitik gegenüber mächtigen Unternehmen in: Festschrift zum 80.Geburtstag von Franz Böhm, Tübingen 1975, S.327 f.; Vorderwülbecke, aaO., S.153.

solche Vorgehensweise stößt auch nicht auf unüberwindliche praktische Schwierigkeiten, da diese Verfügungen mit einstweiligen Anordnungen gemäß § 63a Abs.1 i.V.m. § 63 Abs.1 Nr.2 GWB gekoppelt und demnach zeitlich schnell hintereinander ergehen können.

Der konkreten Preisuntersagung könnte allein schon deshalb der Vorzug zu geben sein, weil sie dem ersten Anschein nach einen geringeren Eingriff in die Freiheitsrechte des Adressaten darstellt ¹⁾.

b) Mißbrauchsgrenze

Berücksichtigt man, daß oberhalb der Grenze nur mißbräuchliche Preise liegen, so wird mit der Ausdehnung des Verbotes auf diesen Bereich ohnehin nur das Unzulässige verboten: Der Betroffene wird nicht rechtswidrig eingeschränkt ²⁾. Auch praktische Überlegungen sprechen für ein Verbot oberhalb der Mißbrauchsgrenze: Sie muß zur Feststellung der Mißbräuchlichkeit sowieso ermittelt werden; denn nur den konkreten Preis zu verbieten käme einer Einladung zur Umgehung gleich ³⁾.

Für die Untersagung aller Preise über der Mißbrauchsgrenze sind zwei Argumente ausschlaggebend:

- § 22 Abs.4, 5 GWB ermächtigt zur Verhinderung des Ausbeutungsmißbrauchs und nicht nur zum Verbot konkreter Preise in der Hoffnung, daß der Verfügungsadressat künftig freiwillig nur Preise unter der Mißbrauchsgrenze fordert, obwohl ihm zunächst nichts dazu anhält und er diese Grenze u.U. gar nicht kennt.

1) Vgl. Vorderwülbecke, aaO., S.154 f.

2) Vgl. z.B. OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 2135, S.2136; Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, aaO, § 37a, Anm.18 f.

3) s. S.167.

- Den Ausschlag gibt das Argument der Rechtssicherheit und der Bestimmtheit: Vordergründig erscheint die Untersagung konkreter Preise bestimmter als eine faktische Höchstpreisanordnung. Allein letztere verschafft aber dem Unternehmen Klarheit darüber, wie es in Zukunft seine Preise gestalten darf, während es sonst weitgehend im Ungewissen bleibt, ob die Kartellbehörde erneut einschreiten wird. Insofern ist die Untersagung von Preisen über einer genau fixierten Mißbrauchsgrenze als bestimmter anzusehen.

Auch die Rechtsprechung vertritt diese Meinung und sieht darin keine unzulässige Beeinträchtigung der Wirtschaftsfreiheit, da die Kartellbehörde nur etwas ohnehin Verbotenes untersagt ¹⁾. Abzulehnen ist allerdings die Begründung des KG im Vitamin B 12-Beschluß, in dem eine Ermessensreduzierung der Kartellbehörde auf eine bestimmte Entscheidung, nämlich die Untersagung von Preisen oberhalb der "Soweit-Grenze" im Sinne des § 22 Abs.4 GWB, angenommen wird ²⁾. Eine solche Begründung ist schon allein deshalb verfehlt, weil das Gesetz in § 22 Abs.5 S.1 l.HS der Kartellbehörde zwar ein Entschließungsermessen dahingehend einräumt, ob sie gegen bestimmte Verhaltensweisen von marktmächtigen Unternehmen einschreiten will; die Frage der Grenzziehung ist aber behördlichem Ermessen in keiner Weise zugänglich - es handelt sich hier um den unbestimmten

1) Vgl. WuW/E BKartA 1482 S.1493 und WuW/E BGH 1435 S.1437 "Vitamin B 12"; WuW/E OLG 1645 S.1646 f. und WuW/E BGH 1678 S.1679 "Valium"; zustimmend auch Ulmer, Bemerkungen zum Valium-Beschluß des BGH in: BB 77,357 S.357; Möschel, Marktmacht, aaO., S.49; Emmerich, Wettbewerbsrecht, 2.Aufl., München 1976, S.139; Kirschstein, Die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1973/74, Köln, Berlin, Bonn, München 1975, S.19 ff. (21).

2) Vgl. WuW/E OLG 1599 S.1600.

Rechtsbegriff des Mißbrauchs ¹⁾.

4. Mißbrauchsmaßstäbe

Der Preismißbrauchskontrolle kommt nur ein geringer Anwendungsbereich als "letztes Mittel" zu. Selbst dann ist sie nur sinnvoll, wenn Verfahren existieren, die einer rechtlichen Überprüfung zugänglich sind und dieser auch standhalten können ²⁾.

Bei der Suche nach einem Entscheidungsverfahren sind zwei Problemkreise zu behandeln:

- zum einen die Frage nach der inhaltlichen Bestimmtheit des Mißbrauchsbegriffes. Diese hat die kartellbehördliche Praxis mit dem Als-Ob-Konzept zu beantworten versucht. Die Mißbrauchsgrenze liegt danach dort, wo der geforderte Preis denjenigen übersteigt, der bei wirksamem Wettbewerb auf dem Markt gerade noch durchsetzbar ist ³⁾. Auf dieser Basis können theoretisch durchaus systemkonforme Preismißbrauchskontrollen durchgeführt werden ⁴⁾.
- Ohne hinreichend konkrete und praktisch durchführbare Meßverfahren führt die theoretische Grundlage des Als-Ob-Konzeptes aber nicht weiter ⁵⁾. Nur dann, wenn eine solche zu finden ist, sind Preismißbrauchsverfügungen nach § 22 Abs.4, 5 GWB zulässig; denn nur so wird dem rechtsstaatlich geforderten Voraussehbarkeits- und Berechenbarkeitsinteresse der Betroffenen Rechnung getragen.

1) Vgl. Vorderwülbecke, aaO., S.156 f.

2) Vgl. Möschel, Preiskontrollen, aaO., S.395.

3) Vgl. Markert, Kostenkontrolle bei der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen in: BB 74, 580 S.581; Lenel, Wettbewerb, aaO., S.317 ff.; Möschel, Preiskontrollen, aaO., S.395; ders., Rechtsordnung, aaO., S.35.

4) Vgl. Monopolkommission, aaO., Rz.35.

5) Möschel, Preiskontrollen, aaO., S.395; ders., Rechtsordnung, S.35.

Zentrale Frage beim Erlaß von Preismißbrauchsverfügungen ist, woran die Mißbräuchlichkeit eines Preises zu erkennen ist. Vor allem hier setzt die Kritik an: Ipsen vertritt die Meinung, daß die Kartellbehörden ohne genaue Zahlenangaben im Gesetz nicht genügend Anhaltspunkte haben ¹⁾, um ausreichend bestimmte Verfügungen erlassen zu können. Die Methoden zur Ermittlung des Preismißbrauchs sehen viele Autoren als zu spekulativ und vage an, als daß sie im Untersagungsverfahren angewendet werden dürften ²⁾. Vor allem die Ermittlung des angemessenen Preises mittels geschätzter Zuschläge ³⁾ wird als zu unbestimmt angesehen, so daß zahlreiche Autoren den Mißbrauchs-begriff für zu unbestimmt halten ⁴⁾. Dies gipfelt in dem Vorwurf eines "nicht mehr annehmbaren Exzesses der Unbestimmtheit" ⁵⁾.

Daß diese Unbestimmtheit aus praktischen Notwendigkeiten resultiert, wurde bereits aufgezeigt ⁶⁾. Um als Ermächtigungsgrundlage für Untersagungsverfügungen dienen zu können, muß der Mißbrauchs-begriff für die Preisaufsicht lediglich ausreichend bestimmbar sein. Dies wird im folgenden untersucht.

1) Ipsen, aaO., S.70.

2) Vgl. z.B. Ipsen, aaO., S.70 ff.; Leo, Zur Reform der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen in: WRP 72, 1 S.9; Ulmer/Lübbert, Schwerpunkte der Kartellrechtspraxis nach der 2.GWB Novelle in: WuW 76, 349 S.356 f.

3) so die Rspr.; vgl. z.B. WuW/E OLG 2053 S.2063 f. "Valium"; WuW/E BGH 1445 S.1452, 1454 "Valium"; vgl. auch Emmerich, Kartellrecht, aaO., S.186.

4) Vgl. Raisch, Zum Begriff des Mißbrauchs im Sinne des § 22 GWB in: Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe - Nach 10 Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1968, Bad Homburg, Berlin, Zürich, S.357 ff. (363); Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1966, S.136; Süsterhenn, Unternehmensfreiheit und Mißbrauchsaufsicht, Berlin 1965, S.38 ff.; Vorderwülbecke, aaO., S.174.

5) Leo, Das marktbeherrschende Unternehmen in den §§ 22, 26 GWB in: 10 Jahre Kartellgesetz 1958-1968, Bergisch Gladbach 1968, S.291 ff. (310).

6) s. S.86 ff., 90.

a) Konkretisierung des Mißbrauchsbegriffes

Die Kartellbehörden können einerseits an das Marktverhalten anknüpfen oder den Mißbrauch vom Marktergebnis her bestimmen. Die zuerst genannte Auffassung wird nur in der Literatur vertreten ¹⁾. Die überwiegende Meinung, insbesondere auch Rspr. und BKartA, beurteilt die Mißbräuchlichkeit anhand des Marktergebnisses ²⁾. Nach diesem Als-Ob-Konzept sind Preise dann als mißbräuchlich anzusehen, wenn sie erheblich von denen unter wesentlichem Wettbewerb erzielbaren abweichen ²⁾.

Zur Bestimmung des Vergleichsmaßstabes "Wettbewerbspreis" ist grundsätzlich jede Methode zulässig ³⁾. In Betracht kommen drei Maßstäbe, nämlich

- tatsächlich auf einem Vergleichsmarkt erzielte Preise ⁴⁾,
- hypothetische Preise unter der Annahme, daß auf dem Markt des Marktbeherrschers Wettbewerb herrscht (insbesondere das Konzept der Gewinnbegrenzung) ⁵⁾ und
- reale Preise, die das marktbeherrschende Unternehmen früher gefordert hat (Sockeltheorie, zeitlicher Vergleichsmarkt) ⁶⁾.

Die Vergleichsmarktmethode, der von jeher die größte Bedeutung zugekommen ist, wurde inzwischen vom Gesetzgeber in

1) Vgl. z.B. Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1959, S.23; ders., Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974, S.386 f, 397; Baur, aaO., S.227, 232 ff.; Möschel, Oligopolmißbrauch, aaO., S.153.

2) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.95 f. m.w.Nachw.; Hoffmann, aaO., S.292; BKartA TB 67, aaO., S.11, 41 f.; Schmidt, Wettbewerbspolitik, aaO., S.171.

3) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.96; vgl. auch Gabriel, Zwischenbilanz, aaO., S.264 f.

3) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.98.

4) Vgl. Börner, Preiskontrollen, aaO., S.28 ff.

5) Vgl. Börner, Preiskontrollen, aaO., S.57 ff.

6) Vgl. Börner, Preiskontrollen, aaO., S.63 ff.

§ 22 Abs.4 Ziff.2, 2.HS GWB ausdrücklich festgeschrieben - wodurch allerdings die Anwendung aller anderen Methoden nicht ausgeschlossen wird, da das Gesetz auf die Vergleichsmarktmethode nur "insbesondere" (§ 22 Abs.4 Ziff.2 1.HS GWB) hinweist ¹⁾.

b) Wettbewerbskonzepte

Schwierigkeiten bestehen bei allen Methoden vor allem darin, den Vergleichsmaßstab "Wettbewerbspreis" hinreichend bestimmt zu ermitteln und ihn den Besonderheiten des zu beurteilenden Preises - gegebenenfalls durch entsprechende Zu- und Abschläge - anzupassen.

aa) Vergleichsmarktmethode

Das Hauptproblem bei allen Vergleichsmarktkonzepten liegt darin, einerseits einen Markt zu finden, auf dem wesentlicher Wettbewerb herrscht, der aber andererseits dem Markt vergleichbar sein soll, auf dem das marktmächtige Unternehmen agiert, auf dem also kein funktionierender Wettbewerb mehr herrscht.

1) Vgl. BKartA, TB 79/80, aaO., S.27; so auch z.B. Paetow, Wettbewerbsrechtliche Preiskontrolle in der pharmazeutischen Industrie - Bemerkungen zum Preismißbrauchs-Verfahren "Euglucon" in: WRP 85, 257 S.260; auf die Frage der Kostenkontrolle kann hier nicht weiter eingegangen werden; da bei Produktionsunternehmen die Kostenelemente nur in den seltensten Fällen einem Kostenträger zugeordnet werden können, sind auf dieser Basis weder bestimmte, noch bestimmbare Mißbrauchsverfügungen möglich, da weder zur Ermittlung des Wettbewerbspreises noch zur Festlegung einer Mißbrauchsgrenze hinreichend bestimmte Daten zur Verfügung stehen; vgl. dazu inbes. Hoffmann, aaO., S.337 ff., der aus der Ablehnung der Kostenkontrolle allerdings die Unzulässigkeit der unmittelbaren Preiskontrolle schließt. Zur Kostenproblematik auch Börner, Preiskontrollen, aaO., S.32 ff.

Beim räumlichen Vergleichsmarktkonzept wird der Preis für dieselben Waren gesucht, der auf einem Wettbewerbsmarkt verlangt werden kann ¹⁾. Nach dem zeitlichen Vergleichsmarktkonzept wird der Preis, den das betroffene Unternehmen früher unter Wettbewerbsbedingungen auf demselben Markt fordern konnte, als Vergleichsmaßstab herangezogen ²⁾. Das sachliche Vergleichsmarktkonzept mißt den geforderten Preis an den Preisen für vergleichbare Waren bzw. Leistungen ³⁾.

Ganz abgesehen davon, daß im konkreten Fall nur selten Vergleichsmärkte für ein - geschweige denn alle - Konzepte zu finden sind, müssen immer Korrekturzu- und -abschläge berücksichtigt werden, da kein Markt uneingeschränkt vergleichbar ist. Werden aber Korrekturen in einem Maße erforderlich, daß die Mißbrauchsgrenze mehr auf den Korrekturposten als auf den Vergleichspreis beruht, so muß diese Berechnung aufgegeben werden, da sie sich nicht auf hinreichend sichere Daten gründet; der gewählte Vergleichsmarkt hat sich dann als ungeeignet erwiesen ⁴⁾.

bb) Weitere Methoden zur Mißbrauchsermittlung

Nach § 22 Abs.4 S.2 Ziff.3 GWB kann Mißbrauch durch den Vergleich des Marktverhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens auf verschiedenen (auch Auslands-)Märkten er-

-
- 1) Vgl. z.B. WuW/E BGH 667 S.672 f. "rechtselbische Zementpreise"; WuW/E BGH 1221 S.1223 ff. "Stromtarif"; vgl. auch BKartA TB 69, aaO., S.26 f., 50; 72 aaO., S.54; WuW/E OLG 2135 S.2137 "BAB-Tankstelle"; WuW/E 1445 S.1452 "Valium"; WuW/E BGH 1678 S.1682 "Valium II".
 - 2) Zustimmung Albach, Als-Ob-Konzept und zeitlicher Vergleichsmarkt, Tübingen 1976; Gotthold, Mißbrauchsaufsicht über Preise - Zum Sondergutachten der Monopolkommission in: WRP 75, 499 S.500 ff.; vgl. auch Reich, Mißbrauch und Verhaltenskontrolle gemäß § 22 Abs.4 GWB n.F. in: NJW 74, 1353 S.1357; Börner, Preiskontrolle, aaO., S.63 ff.; Monopolkommission, aaO., Rz.48.
 - 3) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.102 m.w.Nachw.
 - 4) Vgl. WuW/E BGH 1678 S.1682 f. "Valium II".

mittelt werden ¹⁾.

Im Rahmen der generellen Regelung des § 22 Abs.4 S.2 1.HS GWB wird - besonders im Bereich der Versorgungsunternehmen - die Mißbräuchlichkeit durch den Vergleich entsprechender Leistungen von verschiedenen Marktbeherrschern festgestellt. Hierbei wird zugunsten des betroffenen Unternehmens unterstellt, daß der Vergleichspreis ein Wettbewerbspreis ist. Tatsächlich handelt es sich aber um die Gegenüberstellung verschiedener Monopolpreise, die höher sind als die bei wirksamem Wettbewerb erzielbaren ²⁾. Für Versorgungsunternehmen ist diese Berechnungsmethode des § 103 Abs.5 S.2 Ziff.2 GWB gemäß § 103 Abs.7 GWB auch für Untersagungsverfahren nach § 22 Abs.4, 5 GWB anzuwenden.

Nach dem Konzept der Gewinnbegrenzung ³⁾ wird der Gewinn des marktbeherrschenden Unternehmens dem unter Wettbewerbsbedingungen erzielbaren gegenübergestellt; die Differenz beider Größen stellt den nur bei Marktmacht längerfristig erreichbaren Monopolgewinn dar ⁴⁾. Dieses Verfahren bietet sich aber nur an, wenn die Kosten objektiv zu ermitteln oder zumindest nachprüfbar zu schätzen sind, wie es etwa im Euglucon-Verfahren der Fall war ⁵⁾.

-
- 1) Vgl. BKartA TB 73 aaO. S.85; 78 aaO. S.60; WuW/E BKartA 1526 S.1535, WuW/E OLG 1645 S.1653 "Valium/Librium"; vgl. dazu auch Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.105 f.
 - 2) Vgl. z.B. Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.106.
 - 3) Vgl. dazu z.B. Möschel, Rechtsordnung, aaO., S.36; Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.107; Möschel, Preiskontrollen, aaO., S.395.
 - 4) Vgl. z.B. WuW/E BKartA 1526 S.1538 f. "Valium/Librium"; a.A. WuW/E OLG 1644 S.1652 f. und WuW/E BGH 1676 S.1684.
 - 5) Vgl. Paetow, aaO, S.258, 261 zum Verfahren Euglucon, in dem die Betroffenen die Preise freiwillig gesenkt haben, ohne daß eine formelle Verfügung erforderlich wurde (vgl. zum Auskunftsverfahren Euglucon WuW/E OLG 2892).

cc) Erheblichkeitszuschlag

Von den Sicherheitszuschlägen, durch die Unsicherheiten bei der Berechnung der Vergleichsbasis zugunsten der Betroffenen kompensiert werden müssen ¹⁾, ist der Erheblichkeitszuschlag zu unterscheiden. Ein solcher war bis zur 4. Novelle 1980 für erforderlich gehalten ²⁾, dann aber in § 22 Abs. 4 S. 2 Ziff. 2 1. HS GWB durch den Gesetzgeber bewußt nicht aufgenommen worden ³⁾. Er sollte bezwecken, daß unter dessen Grenze eine Verfügung nach § 22 Abs. 5 GWB nicht ergehen konnte; überschritt der geforderte Preis den Wettbewerbspreis zuzüglich des Erheblichkeitszuschlages, so durfte mit der Verfügung diese Grenze nicht unterschritten werden. Dies führt aber zu einer ungerechtfertigten Privilegierung marktbeherrschender Unternehmen; es ist nicht einzusehen, warum diese den Wettbewerbspreis um diesen Erheblichkeitszuschlag, den die Gerichte in den Pharma-Verfahren bis zu 25% festgesetzt haben, überschreiten durften ⁴⁾. Davon zu unterscheiden ist aber der kartellrechtliche Grundsatz, "daß geringfügige, nicht wenigstens spürbare Abweichungen von Regelwerten außer Betracht bleiben" ⁵⁾ müssen ⁶⁾.

1) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm. 110.

2) Vgl. WuW/E OLG 2053 S. 2065; WuW/E BGH 1445 S. 1454 "Valium"; WuW/E OLG 2135 S. 2137 "BAB-Tankstelle".

3) Vgl. Bundestag, aaO., S. 25.

4) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm. 109.

5) Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm. 111.

6) Letztlich vertritt wohl auch Benisch, aaO., S. 807 diese Meinung, obwohl er von "Erheblichkeit" spricht. Vgl. zur Problematik der Zuschläge im Verfahren Valium (WuW/E OLG 1645): Markert, Mißbrauchsaufsicht über Anbieter und Nachfrager 1978/79 in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79, S. 87 ff. (94), Köln, Berlin, Bonn, München 1980.

5. Bestimmtheit bei verbleibenden Unsicherheiten

Welche Konzepte bzw. welche Kombinationen ¹⁾ zur Mißbrauchsermittlung herangezogen werden, kann die Behörde allein nach Lage des Einzelfalles entscheiden und muß dies in den Entscheidungsgründen dokumentieren. Aus der Entscheidung resultieren jedenfalls exakte Zahlen bzw. Zahlenbereiche.

Bestimmtheitsprobleme können sich vor allem daraus ergeben, daß

- Vergleichsmarktpreise und die Spürbarkeitsschwelle sich nicht präzise, sondern nur innerhalb einer bestimmten Bandbreite ermitteln lassen,
- eine eindeutige Mißbrauchsgrenze nicht zweifelsfrei feststellbar ist.

Verbleiben nach Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten Zweifel, so wirken sie sich zugunsten des Adressaten aus; die Mißbrauchsgrenze muß um entsprechende Sicherheitszuschläge angehoben werden ²⁾.

Allerdings wurden die praktischen Ermittlungsschwierigkeiten vom Gesetzgeber dadurch berücksichtigt, daß er es nach § 22 Abs.4 S.2 Ziff.2 1.HS GWB genügen ließ, wenn die Kartellbehörde zwar nicht mit Sicherheit, aber doch mit hoher Wahrscheinlichkeit nachweisen kann, daß bei wirksamem Wettbewerb nur entsprechend niedrigere Preise am Markt durchgesetzt werden könnten ³⁾.

Da hier Bestimmtheitsprobleme sämtlich dadurch gelöst werden können, daß entsprechende Preiskorrekturen zugunsten

-
- 1) Vgl. Gotthold, aaO., S.503, der darauf hinweist, daß aus den Entscheidungen eine klare Methodenabgrenzung nicht hervorgeht, da sie häufig ergänzend angewandt werden.
 - 2) So auch Bundestag, aaO., S.25; WuW/E OLG 2053 S.2065 f. "Valium".
 - 3) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.112.

des Adressaten durchgeführt werden, sind Preismißbrauchsverfügungen grundsätzlich in hinreichend bestimmter Form möglich.

6. Unterschied zu § 37a Abs.3 GWB

Zur Ermittlung der Preismißbrauchsgrenze muß bei Untersagungsverfügungen gemäß § 22 Abs.4, 5 GWB in grundsätzlich anderer Weise vorgegangen werden wie bei denen nach § 37a Abs.3 GWB; bei letzterem war die Bezugsgröße zur Ermittlung der Mißbrauchsgrenze genau als - mindestens - der Einkaufspreis definiert. Gefordert war lediglich ein nachvollziehbares und für den Normadressaten vorhersehbares Verfahren zur Einkaufspreisermittlung. Dies bestand letztlich in einer Zuschlagskalkulation, in der alle nicht erfaßbaren Kostengrößen außer Betracht gelassen werden konnten.

Anders verhält es sich dagegen bei Verfügungen nach § 22 Abs.4, 5 GWB: Hier bereitet die größten Schwierigkeiten die Feststellung der Bezugsgröße, also des Vergleichspreises, anhand dessen die Mißbräuchlichkeit des geforderten Preises zu messen ist. Kalkulationsmethoden können hier nicht weiterhelfen: Eine Orientierung an den dafür maßgeblichen internen Kosten würde auf eine unzulässig in die unternehmerische Freiheit eingreifende Kostenkontrolle hinauslaufen. Bei jedem produzierenden Unternehmen - und um solche handelt es sich hier in der Regel - gibt es zur Ermittlung des Verkaufspreises nur ganz wenige Preiselemente, die dem Produkt objektiv nachprüfbar und nur in begrenztem Maße manipulierbar zuzurechnen sind, die Preiselemente sind vielmehr "klassisch interdependent verbunden; sie bedingen sich gegenseitig und wirken aufeinander ein" ¹⁾.

1) Vorderwülbecke, aaO., S.160.

Zieht die Kartellbehörde durch dieses Preisgefüge eine Mißbrauchsgrenze, so wird es gänzlich umgestaltet; solche Maßnahmen überschreiten die durch § 22 GWB gesetzte Wirtschaftsaufsicht und stellen tendenziell Wirtschaftslenkung dar, wären also vom Gesetz nicht mehr gedeckt ¹⁾.

V. Bestimmtheitsprobleme bei Untersagungsverfügungen auf der Grundlage des § 26 Abs.2, 3 i.V.m. § 37a Abs.2 GWB

1. Ziel der Verfügungen

Beim Ausbeutungsmißbrauch kann das Ziel einer Untersagungsverfügung nur durch ein Verbot, die Preise über einer zahlenmäßig genau bestimmten Mißbrauchsgrenze festzusetzen, erreicht werden. Anders verhält es sich bei Verwaltungsakten auf der Grundlage des § 26 Abs.2, 3 i.V.m. § 37a Abs.2 GWB: Der Gesetzgeber hat auch in § 37a Abs.2 GWB festgelegt, daß nur die konkrete Verletzungshandlung verboten, nicht aber ein Gebot ausgesprochen werden darf. Während eine Verfügung gemäß § 22 Abs.4, 5 GWB mißbräuchliche Preise nur durch eine angemessene Preisgestaltung ersetzen kann ²⁾, will sie im Rahmen des § 26 Abs.2, 3 GWB die Behinderung/Diskriminierung beseitigen, nennt also nur das Ziel der Anordnung, nicht aber das Mittel: Dies kommt dem Betroffenen zugute und verstößt gerade nicht gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot, sondern ist zur Wahrung der Freiheitsrechte der Adressaten erforderlich ³⁾.

2. Adressatenkreis

Zur Definition des Begriffs marktbeherrschendes Unternehmen kann auf die Ausführungen zu § 22 GWB verwiesen werden.

1) Vgl. Vorderwülbecke, aaO., S.160.

2) Vgl. Vorderwülbecke, aaO., S.155.

3) Vgl. zur Rspr.: Emmerich, Rspr. aaO.; v.Gamm, Das Verbot einer unbilligen Behinderung und einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung in: NJW 80, 2489; Möschel, Pressekonzentration, aaO., S.93 ff.

Inbesondere gilt die Marktmachtvermutung des § 22 Abs.3 GWB auch im objektiven Verfahren nach § 37a Abs.2 GWB; dagegen spricht nicht die Tatsache, daß § 26 Abs.2, 3 GWB ein unmittelbar wirkendes Verbot mit bußgeldrechtlichen Konsequenzen enthält, da auch im Strafrecht Beweislastumkehrungen zulässig sind ¹⁾.

Durch die Erweiterung des Adressatenkreises in § 26 Abs.2 S.2 GWB ²⁾ werden auch relativ marktmächtige Unternehmen erfaßt. Dies beruhte auf der Überlegung, daß auch nicht marktbeherrschende Unternehmen eine so bedeutende Marktstellung innehaben können, daß sie dieselben Marktstörungen wie Marktbeherrscher bewirken können, die gerade durch § 26 Abs.2, 3 GWB verhindert werden sollen ³⁾.

Dieselben Gründe hat auch die Einbeziehung der Preisbinder gemäß § 26 Abs.2 S.1 GWB ⁴⁾. Die Abhängigkeit vom (relativ) marktbeherrschenden Unternehmen ergibt sich dann, wenn ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten auf Waren bzw. Leistungen anderer Unternehmen nicht gegeben sind. Ausreichend i.S.d. § 26 Abs.2 S.2 GWB ist eine Ausweichmöglichkeit aber erst dann, wenn sie bezüglich der Produkte des behindernden bzw. diskriminierenden Unternehmens tatsächlich vergleichbar ist. So erachtete der BGH im Rossignol-Fall das Ausweichen des betroffenen Sportartikelhändlers für unzumutbar, da Rossignol-Skier eine solche Bedeutung auf dem relevanten Markt erlangt hätten, daß ein anerkanntes Sportfachgeschäft darauf angewiesen sei, diese Marke zu führen, obgleich der Markenanteil bei Skiern in der BRD lediglich 8% betrug und das Handelsunternehmen grundsätzlich

1) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 26, Anm.62; WuW/E BKartA 1817 S.1819 "Fertigfutter".

2) Vgl. allg. zur Rechtsprechung Henseler, aaO. und BKartA TB 73, aaO., S.75 "Vergaserkraftstoffe".

3) Vgl. WuW/E BGH 1392 "Rossignol" = WRP 76, 156 S.157; WuW/E BGH 886 S.889 f. "Jägermeister"; Langen/Niederleithinger, aaO., § 26 Anm.85 ff.

4) Vgl. BGH, WRP 76, 156 S.157.

auf alle weiteren Markenskiere ausweichen konnte ¹⁾.

Zwar muß die Kartellbehörde bei Untersagungsverfahren hinsichtlich der Adressateneigenschaft wertende Entscheidungen fällen, insbesondere über die ausreichenden und zumutbaren ²⁾ Ausweichmöglichkeiten i.S.d. § 26 Abs.2 S.2 GWB ³⁾ und die Abgrenzung des relevanten Marktes. Bei Entscheidungsreife muß sie aber diese Wertungen getroffen haben; Bestimmtheitsprobleme können in diesem Zusammenhang allenfalls bei Begründungsmängeln auftreten.

Hinzukommt die Vermutung des § 26 Abs.2 S.3 GWB für das Untersagungsverfahren nach § 37a Abs.2 GWB ⁴⁾: Ob ein Unternehmen "regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden" ⁵⁾, kann und muß allein durch empirische Erhebungen und Befragungen der betreffenden Marktteilnehmer ermittelt werden.

3. Behinderung und aktive Diskriminierung nach § 26 Abs.2 GWB

§ 26 Abs.2 GWB versteht den Begriff der Behinderung wertneutral, eine Wertung erfolgt erst bei der Prüfung der Unbilligkeit. Auch § 26 Abs.2 GWB will die Freiheit des Wettbewerbs erhalten; aus dieser Sicht beurteilt sich die Behinderung objektiv. Es muß also festgestellt werden, ob Wettbewerbschancen eingeschränkt werden ⁶⁾.

1) Vgl. BGH, WRP 76, 156 S.158.

2) Vgl. zur Prüfung der Zumutbarkeit z.B. BKartA, TB 74 aaO., S.66 f.; WuW/E BGH 1620 S.1623 "Revell Plastics".

3) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 26, Anm.93 ff.

4) Diese Vermutung wurde erst durch die 4.Kartellnovelle 1980 eingefügt; vgl. dazu z.B. Langen/Niederleithinger, aaO., § 26, Anm.114 ff.

5) Langen/Niederleithinger, aaO., § 22 Anm.118.

6) Vgl. WuW/E OLG 2247 S.2250 "Parallellieferteile"; Emmerich, Kartellrecht, aaO., S.211; vgl. allg. zur Praxis der Diskriminierung Spengler, Der Diskriminierungstatbestand in der Rechtsprechung des BGH und in der Amtspraxis des BKartA in: WuW 63, 3.

Bei der Frage der Unbilligkeit ¹⁾ der Behinderung sind die Interessen des Behinderers und der Behinderten gegeneinander abzuwägen, wobei auch der Normzweck des § 26 Abs.2 GWB zu berücksichtigen ist ²⁾. Im Rahmen der Abwägung muß weiter geprüft werden, ob das Verhalten des Behinderers zu Marktstrukturverschlechterungen führt. Das KG fordert hier eine dauerhafte und nicht unerhebliche Gefährdung des noch verbleibenden Wettbewerbs ³⁾. Auch verschiebt sich die Gewichtung der Interessen zuungunsten des behindernden Unternehmens proportional mit dessen Marktmacht ⁴⁾.

Die Erscheinungsformen der unbilligen Behinderung und Diskriminierung sind äußerst vielfältig und lassen sich nicht in ein Schema pressen. Im Rahmen der Preismißbrauchsaufsicht seien nur folgende Gruppen angeführt:

- Kampfpreisunterbietungen ⁵⁾,
- Gesamtumsatzrabatte ⁶⁾ und andere Nachlaßsysteme ⁷⁾,
- Preis- und Konditionendiskriminierungen ⁸⁾.

Die Mischkalkulation durch Marktbeherrscher ist - ebenfalls wie i.R.d. § 22 GWB - grundsätzlich erlaubt; dies gilt allerdings nicht mehr, wenn dadurch nachhaltige Wettbe-

1) Vgl. Emmerich, Kartellrecht, aaO., S.212 ff.

2) Vgl. z.B. WuW/E BGH 1027 S.1031 "Sportartikelmesse II"; WuW/E BGH 1391 S.1395 "Rossignol"; WuW/E OLG 1983 S.1988 "Rama-Mädchen".

3) Vgl. WuW/E OLG 1983 S.1985; WuW/E OLG 1767 S.1772 "Kombinationstarif".

4) Vgl. WuW/E OLG 252 S.253 "Stromlieferungsvertrag"; BKartA TB 66 aaO., S.14.

5) Vgl. Gentz, Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs.2 GWB u. § 9 KartVO in: WuW 61, 587 S.603 f.; WuW/E OLG 1881 S.1884 "Anzeigenpreise".

6) Vgl. WuW/E BKartA 1805 S.1809 "International Harvester"; WuW/E BKartA 1817 S.1828 "Fertigfutter".

7) Vgl. BKartA TB 78 aaO., S.29.

8) Vgl. Emmerich, Kartellrecht, aaO., S.217 f.; WuW/E BGH 667 S.671 "rechtselbische Zementpreise IV"; vgl. zur Rechtslage in den USA Hölzler u. Stockmann, Robinson-Patman Act - Mehr Wettbewerb durch Entschärfung des Preisdiskriminierungsverbots? in: RIW/AWD 76, 628.

werbsbeeinträchtigungen verursacht werden ¹⁾.

Auch die Beurteilung unbilliger Behinderungen und passiver Diskriminierungen erfordert Wertungen der Kartellbehörde, die zu begründen sind, so daß auch eine gerichtliche Überprüfung der Maßstäbe möglich ist. Hier gibt es - anders als bei § 37a Abs.3 GWB mit dem Einkaufspreis - keinen feststehenden Ausgangspunkt für die Beurteilung der Mißbrauchsgrenze.

Verlustpreisverkäufe können nicht von vornherein als unbillig i.S.d. § 26 Abs.2 GWB betrachtet werden ¹⁾. Selbst wenn sie über einen längeren Zeitraum hin erfolgen, so wird selbst bei Gefahr für den Wettbewerb das Einschreiten nach § 26 Abs.2 GWB nur in dem von § 1 UWG vorgegebenen Rahmen empfohlen ³⁾. Lediglich die gezielte Vernichtung oder Behinderung von Mitbewerbern durch dauerhafte Untereinkaufspreisverkäufe wird von § 26 Abs.2 GWB erfaßt; dem aggressiven, nicht durch die Marktverhältnisse gerechtfertigten Unterschreiten des Marktpreises kommt dabei Indizwirkung für die Unbilligkeit zu ⁴⁾.

Die erforderlichen Wertungen hat die Kartellbehörde aufgrund ihres gesetzlichen Auftrages zu treffen; daß § 26 Abs.2, 3 GWB ausreichend bestimmt ist, wurde bereits oben ⁵⁾ aufgezeigt. Die Verwaltung muß nun auf der Grundlage des Normzweckes und eigener - oder fremder - Sachkenntnisse Entscheidungen treffen. Ob diese Ergebnisse ausreichend bestimmt sind,

1) Vgl. BKartA TB 78 aaO., S.80.

2) Vgl. BGH, WRP 80, 617S.619 "Asbest-Importe"; Markert in: Immenga/Mestmäcker, aaO., § 26, Anm.264-266.

3) Vgl. Markert in: Immenga/Mestmäcker, aaO., § 26, Anm.266.

4) Vgl. Kreuzer, aaO., S.473; Ulmer, Leistungswettbewerb, aaO., S.572; vgl. auch WuW/E OLG 2732 und zur Problematik der Preisunterbietung im Pressewesen Ulmer, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Grenzen der Preisunterbietung im Pressewesen in: AfP 75, 871 bes. S.881 ff.

5) s. S.96 ff.

kann nur im Einzelfall beurteilt werden; grundsätzliche Bestimmtheitsprobleme sind nicht ersichtlich ¹⁾.

4. Passive Diskriminierung gemäß § 26 Abs.3 GWB

§ 26 Abs.3 GWB verbietet die mittelbare Behinderung von Wettbewerbern des (relativ) marktmächtigen Unternehmens, das aufgrund seiner Nachfragemacht von Lieferanten Sonderkonditionen erhält, die anderen Unternehmen nicht eingeräumt werden. Zusätzlich ist erforderlich, daß die Verbotsadressaten ihre Lieferanten aufgrund ihrer Marktmacht zur Gewährung veranlassen konnten; die Anwendung des § 26 Abs.3 GWB erfordert somit zielgerichtetes Verhalten ²⁾.

Besondere Anwendungsschwierigkeiten bereiten der Praxis die Fälle, in denen der Lieferant die Sonderkonditionen von sich aus einräumt, weil er sich z.B. davon Folgeaufträge von anderen Firmen erhofft oder einfach besser planen und seine Produktionsmittel auslasten kann ³⁾.

Sachlich nicht gerechtfertigte Vorzugsbedingungen i.S.d. § 26 Abs.3 GWB sind vor allem solche, die weder in der abgenommenen Menge, noch in vom Käufer übernommenen Zusatzfunktionen oder Serviceleistungen bzw. sonst betriebswirtschaftlich kalkulierbaren Gegenleistungen des Abnehmers ihrer Ursache haben ⁴⁾.

1) Vgl. zum ganzen Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.154 ff.

2) Vgl. Ulmer, aaO., S.479; Riechmann, Fünf Jahre 4.Kartellgesetz-Novelle - Eine Bestandsaufnahme zur Rechtsprechungs- und Verwaltungspraxis in: WRP 85, 323 S.325 f.

3) Vgl. Ulmer, aaO., S.479; Immenga, Schwerpunkte der Vierten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in: NJW 80, 1417 S.1423; Emmerich, Kartellrecht, aaO., S.223 f.

4) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.217; Ulmer, aaO., S.479; vgl. auch BReg, Begründung 1978 aaO., S.25; Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 26, Anm.335 ff.

Die Kartellbehörde hat also nachzuweisen, daß der Verbotsadressat keine Leistungen erbracht hat, die die Sonder Vorteile rechtfertigen könnten. An diesem Punkt muß evtl. auch eine Kostenkontrolle einsetzen ¹⁾.

Typischerweise werden folgende Vorzugsbedingungen von § 26 Abs.3 GWB erfaßt:

- Regalmieten,
- Forderungen von Eintrittsgeldern ²⁾,
- Werbekostenzuschüsse,
- Preisauszeichnungen, Inventurhilfe etc. ³⁾.

Auch stehen aber letztlich nicht Bestimmtheitsprobleme, sondern Schwierigkeiten beim praktischen Nachweis und der Ermittlung der Daten der Wettbewerber ohne Sonderkonditionen sowie bei wertenden Entscheidungen im Vordergrund.

C. Die gerichtliche Überprüfung - Diskussion der Entscheidungsmöglichkeiten anhand der Kaufmarkt-Urteile

Sowohl das OLG München als auch der BGH lehnten eine Teilbestätigung der Verfügung ab ⁴⁾. Die Bestimmtheitsmängel würden dies nicht zulassen ⁵⁾. Materiellrechtliche Gründe für die Aufhebung spielten keine Rolle.

Inhaltlich bedeuten die gerügten Mängel, daß die Behörde entweder keine ausreichende Sachverhaltsaufklärung geleistet oder ihren Verwaltungsbefehl nicht präzise genug formuliert hat. Deshalb sollte das Verfahren nicht im Sande verlaufen (wenn sich die Kartellbehörde von den hohen Bestimmtheitsanforderungen abschrecken läßt) oder von neuem begonnen

1) Vgl. Langen/Niederleithinger, aaO., § 22, Anm.217.

2) Vgl. Immenga, Schwerpunkte, aaO., S.1423; Ulmer, aaO., S.478.

3) Vgl. Ulmer, aaO., S.478 f.; vgl. zum ganzen auch Langen/Niederleithinger, aaO., § 26, Anm.211 ff.

4) Vgl. OLG München, aaO., S.14 und BGH, WRP 84, 463 S.465.

5) Vgl. BGH, WRP 84, 463 S.465.

werden müssen. Sowohl Betroffene als auch Kartellbehörde wissen nicht, ob der Verwaltungsakt materiell rechtmäßig ist; diese Entscheidung ist unnötig lange verschoben und muß nach der erforderlichen Konkretisierung ohnehin getroffen werden. Dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot kann ebenso genügt werden, wenn die Gerichte versuchen, die Bestimmtheitsmängel zu beheben, so daß im selben Verfahren entschieden werden kann, ob die Verfügung materiell rechtmäßig ist oder nicht. Gerade bei neuen Gesetzen - wie z.B. der eingefügte § 37a Abs.3 GWB - sollten die Gerichte ihrer Aufgabe der Auslegung und Rechtsfortbildung nachkommen und so zur Rechtssicherheit beitragen.

I. Teilaufhebung

Um wenigstens den ausreichend bestimmten Verfügungsteil aufrechterhalten und gegebenenfalls schon durchsetzen zu können, käme eine Teilbestätigung durch das Gericht in Betracht. Nach § 70 Abs.2 GWB kann das Beschwerdegericht eine Entscheidung der Kartellbehörde nur aufheben - es ist jedoch nicht befugt, an deren Stelle eine eigene, von ihm als sachdienlich erachtete Beurteilung zu stellen ¹⁾.

§ 70 GWB ist nicht vollständig: Er besagt nur, wie bei Unzulässigkeit bzw. Unbegründetheit der Untersagungsverfügung oder Erledigung der Hauptsache zu verfahren ist, nicht jedoch, wie das Gericht bei unzulässiger/unbegründeter Beschwerde oder bei teilweiser Rechtswidrigkeit zu entscheiden hat. Maßgeblich für diesen Fall sind die allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätze ²⁾. Nach § 113 Abs.1 S.1 VwGO hebt das Verwaltungsgericht die angegriffene Verfügung nur auf, soweit sie rechtswidrig und der Kläger

1) Vgl. WuW/E BGH 1345 S.1347 "Polyester-Grundstoffe".

2) Vgl. BGH, NJW 76, 2259 S.2260 "Vitamin B 12".

dadurch in seinen Interessen verletzt ist.

In der Polyester-Grundstoffe-Entscheidung entschied der BGH, daß es dem Gericht verwehrt ist, ein Gebot in ein Verbot zu ändern: Die Kartellbehörde hatte der Betroffenen auferlegt, bestimmte Werke mit bestimmten Mengen dieser Grundstoffe zu beliefern. Ein solches Gebot ist von § 26 Abs.2 i.V.m. § 37a Abs.2 GWB nicht gedeckt. Das Gericht sah sich außerstande, die Verfügung teilweise zu akzeptieren, da ein entsprechendes Verbot kein Minus im Verhältnis zum Gebot, sondern eine sachlich andersartige Maßnahme darstelle ¹⁾.

Im Vitamin B 12-Beschluß wies der BGH ausdrücklich darauf hin, daß die Qualifikation eines Verwaltungsaktes als Ge- oder Verbot nicht nach seiner äußeren (sprachlichen) Fassung, sondern nach seinem inneren (materiellen) Gehalt zu beurteilen sei: Das BKartA hatte die Betroffene dazu verpflichtet, ihre Preise um einen bestimmten Prozentsatz zu senken, das KG daraufhin Höchstpreise für die kleinsten Verkaufseinheiten festgelegt. Hierin sah der BGH nicht eine Kompetenzüberschreitung des Gerichts, da es ein unzulässiges Gebot durch ein Verbot ersetzt habe, sondern nur eine abweichende Festsetzung der Mißbrauchsgrenze; hierdurch sei der Verwaltungsakt des BKartA insoweit aufgehoben, als er die Mißbrauchsgrenze niedriger ansetze; im übrigen habe das erstinstanzliche Gericht nur eine andere Berechnungsweise - auf der Grundlage bestimmter Verkaufseinheiten - vorgenommen. Einer derartigen Teilaufhebung stehe auch § 70 GWB nicht entgegen; insbesondere sollten hierdurch die Befugnisse des Beschwerdegerichts im Vergleich zu den Verwaltungsgerichten nicht beschnitten werden ²⁾.

1) Vgl. WuW/E BGH 1345 S.1346.

2) Vgl. BGH, NJW 76, 2259 S.2260.

Auch im Kaufmarkt-Verfahren hätten OLG München und BGH diese Grundsätze anwenden können und müssen: Selbst wenn der Hinweis auf § 26 Abs.2, 3 GWB zu unbestimmt und deshalb rechtswidrig gewesen wäre, so kann doch kein Zweifel an der ausreichenden Bestimmtheit des "Einkaufspreises" als Mißbrauchsgrenze bestehen; die Verfügung wäre also insoweit aufrechtzuerhalten gewesen, als sie Verkäufe unter den definierten ¹⁾ Einkaufspreisen untersagte. Weiterhin bestehen keine rechtliche Bedenken, wenn das Beschwerdegericht Unklarheiten hinsichtlich der Behandlung der - erfolgsneutralen - Umsatzsteuer beseitigt hätte: Da hier keine rechtlichen Wertungen vonnöten sind, und sich alle Problemlösungen unmittelbar aus dem UStG ergeben, wäre dies keine eigene Entscheidung des Gerichts gewesen, sondern allenfalls eine Teilaufhebung insoweit, als die Kartellbehörde eine unzutreffende Berücksichtigung dieser Steuer vorgeschrieben hatte.

II. Abänderung

Die Teilaufhebung hilft dann nichtweiter, wenn die Unbestimmtheit auf mangelnder rechtlicher Aufklärung beruht, wie es z.B.hinsichtlich des Ausmaßes und der zeitlichen Intensität der Verlustpreisverkäufe in der Kaufmarkt-Verfügung der Fall war.

Ob, inwieweit und in welchen Fällen den Gerichten eine Abänderungsbefugnis zukommt, wurde bisher nicht entschieden ²⁾. Das GWB selbst spricht von der Abänderung einer kartellbehördlichen Verfügung in § 64 GWB: "Wird eine

1) Vgl. etwa die Definition im coop-Beschluß, BKartA v. 5.5.83, Az: B 9-712000-T-1019/81, S.1 = WuW/E BKartA 2029.

2) Vgl. z.B. BGH, NJW 76, 2259 S.2260.

Verfügung, durch die eine Erlaubnis gemäß § 14 GWB erteilt wurde, nach ihrer Anfechtung abgeändert oder aufgehoben ...". Hieraus könnte man den Schluß ziehen, daß das Gesetz selbst von der Abänderungsbefugnis des Beschwerdegerichts ausgeht.

Dem steht aber der Normzweck des § 64 GWB entgegen: Im Gegensatz zu der Beschwerde gegen Preismißbrauchsverfügungen hat die gegen eine Erlaubniserteilung gemäß § 14 GWB keine aufschiebende Wirkung. Deshalb sollte die Sonderregelung des § 64 GWB - entsprechend den zivilprozessualen Regelungen der §§ 717 Abs.1, 945 ZPO - eine Ausgleichsmöglichkeit für die Gefahren, die aus der sofortigen Vollziehbarkeit resultieren, schaffen ¹⁾. Aus einer solchen Ausnahmenvorschrift können aber keine allgemeinen Regelungen abgeleitet werden. Hinzukommt, daß zur Abänderung gemäß § 64 GWB ausschließlich die Kartellbehörde berufen ist: Wesentliches Indiz hierfür ist § 11 Abs.4 GWB, der ausdrücklich die Änderungsbefugnis der Kartellbehörde regelt.

Aus § 64 GWB läßt sich also keine gerichtliche Abänderungsbefugnis herleiten.

III. Konkretisierung

Beruhet die mangelnde Bestimmtheit nur darauf, daß die Behörde auf der Grundlage ausreichender Sachaufklärung zwar für das Gericht verständlich ausgedrückt hat, was sie untersagen wollte, nicht jedoch in einer dem Adressaten zumutbaren Form, so entspricht es der in § 69 GWB normierten Offizialmaxime und der alle Beteiligten treffenden Prozeßförderungspflicht, zur hinreichenden Bestimmtheit des Verwaltungsaktes beizutragen. Im Kaufmarkt-Fall wäre z.B. die Konkretisierung für den Adressaten auf diesem Wege

1) Vgl. v.Gamm, aaO., Anm. zu § 64 GWB.

möglich gewesen. Hierfür waren keine neuen Tatsachenfeststellungen notwendig, sondern nur verständliche Aussagen über den Kreis der geschützten kleinen und mittleren Wettbewerber ¹⁾.

Zusammenfassend bleibt also festzustellen, daß aufgrund der hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage der Preismißbrauchsaufsicht auch grundsätzlich hinreichend bestimmte Verwaltungsakte ergehen können. Typische Bestimmtheitsprobleme treten nur in beschränktem Umfang auf. Letztlich ist nur bei der konkreten Einzelfallprüfung eine präzise Aussage darüber zu machen, ob eine Preismißbrauchsverfügung den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen genügt oder nicht. Selbst wenn man berücksichtigt, daß diese aufgrund bestimmter Einflußfaktoren variieren können und sie im konkreten Fall auch zum Zuge kommen läßt, so bleibt doch bei allen Bestimmtheitsfragen ein nicht unerheblicher Rest von Unbehagen und Rechtsunsicherheit - sowohl auf seiten des Adressaten als auch der erlassenden Behörde: Vor Erlaß des Verwaltungsaktes können diese Frage nicht abschließend beantwortet werden, und auch die Behörde kann oft nach Erlaß nicht absehen, ob die Verfügung der gerichtlichen Überprüfung standhalten wird.

Deshalb wird im folgenden untersucht, ob das im allgemeinen Verwaltungsrecht immer häufiger diskutierte Verwaltungsrechtsverhältnis und insbesondere dessen verfahrensrechtliche Komponente zum Abbau dieser Unsicherheiten beitragen kann.

1) Vgl. S.163 f.

4. Teil: Das Rechtsverhältnis als Möglichkeit zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Bestimmtheit und Praktikabilität

I. Bestimmtheitsgebot und Rechtsverhältnis

1. Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgebotes

Wie schon dargelegt, ist Hauptzweck des Bestimmtheitsgebotes der Schutz des Bürgers vor willkürlichen staatlichen Eingriffen. Es erstreckt sich als Verfassungsgrundsatz, der nach st. Rspr. des BVerfG ¹⁾ aus dem Zusammenhang der Art. 20 Abs. 3 GG, der Bindung der Gewalten an Recht und Gesetz, Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 28 Abs. 1 GG wie auch aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes geschlossen wird, auf das gesamte Verwaltungshandeln.

Nach Auffassung des BVerfG bedarf es der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten, wobei allerdings fundamentale rechtsstaatliche Leitgedanken im ganzen gewahrt bleiben müssen. Der Bestimmtheitsgrundsatz wird also durch die jeweils zu regelnde Rechtsmaterie und damit durch den jeweils angesprochenen Adressatenkreis immer wieder neu aktualisiert und konkretisiert ²⁾.

2. Staat-Bürger-Verhältnis

Inzwischen hat sich im Verwaltungsrecht das Verständnis der Beziehungen zwischen Staat und Bürger grundsätzlich gewandelt: Man denke nur an das besondere Gewaltverhältnis ³⁾, das jedem, der sich in ihm befand, nahezu alle

1) s. Teil 2, S. 28 ff.

2) s. S. 45 ff.; vgl. dazu auch BayVGh, DÖV 84, 1027 S. 1027.

3) Vgl. zum besonderen Gewaltverhältnis (begründet von Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., München 1924, S. 101 ff.) z.B. Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 26. Aufl., München 1985, S. 163 f., 349 f.; v. Münch in: Erichsen/Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Berlin, New York 1977, S. 44 ff.

Rechte und Mitwirkungsmöglichkeiten nahm und ihn auf ein passives Erleiden der staatlichen Maßnahmen beschränkte ¹⁾. Dieses Denken in extremen Über-Unterordnungsverhältnissen wurde sowohl von der Rechtsprechung ²⁾ als auch von der Lehre ³⁾ immer weiter beschränkt und durch die Anschauung vom Bürger als aktiv mitgestaltendes Element im Staat-Bürger-Verhältnis ersetzt ⁴⁾.

Aufgrund dieser Entwicklung hat sich auch das Verständnis vom Verwaltungsakt weitgehend geändert: Er besitzt im Rahmen des Verwaltungshandelns nicht mehr die absolute Stellung, sondern wird zunehmend nur noch als eine "Momentaufnahme innerhalb sich entwickelnder Beziehungen" ⁵⁾ zwischen Bürger und Staat verstanden ⁶⁾. Teilweise wird sogar gefordert, den Verwaltungsakt durch das Verwaltungsrechtsverhältnis als Grundlage des verwaltungsrechtlichen Systems zu ersetzen ⁷⁾.

Diese Entwicklung hat ihre Parallelen auch in der Gesetz-

1) Vgl. v.Münch in: Erichsen/Martens, 2.Aufl. aaO., S.44.

2) Vgl. dazu z.B. BVerfGE 33, 1 S.9 ff.; BVerwG, NJW 75, 1182; VGH Mannheim, NJW 76, 869; BVerfG 41, 251, S.260 ff.

3) Vgl. z.B. Wolff/Bachof, aaO., § 32 IV c 3; v.Münch in: Erichsen/Martens, 2.Aufl. aaO., S.45; Rupprecht, Grundrechtsbegriffe im Strafvollzug in: NJW 72, 1345; Starck, Anmerkung zu BVerfG, JZ 72, 357 in: JZ 72, 360 ff.

4) Vgl. z.B. zu den Partizipationsnormen Häberle, aaO., S.43, 52, 81 f.; ders., Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat in: Festschrift Küchenhoff, Berlin 1972, S.453 (465 ff.); zu den Grenzen der Partizipation vgl. Hartisch, Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Partizipationsverbot im Verwaltungsverfahren, Berlin 1975.

5) Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts in: VVDStRL 30, 231 S.231.

6) Vgl. Bachof, aaO., S.231 ff; Häberle, Verfassung, aaO., S.249; Maurer, aaO., S.128 f.

7) Vgl. z.B. Maurer, aaO., S.127; Bachof, aaO., S.231 f. m.w.Nachw.; Häberle, Auf dem Weg zum Allgemeinen Verwaltungsrecht in: BayVBl 77, 745 S.748; ders., Verfassung, aaO., S.249.

gebung ¹⁾, Rechtsprechung ²⁾, Verwaltung und Dogmatik ³⁾; vor allem ist eine "unterschiedlich starke Loslösung vom 'punktuellen', augenblicksverhafteten, einseitigen Verwaltungsakt" ⁴⁾ deutlich erkennbar. Sie ist durch die Interessenverknüpfung zwischen Staat und Bürger charakterisiert: Kennzeichnend dafür ist die "Nähetheorie" ⁵⁾, die vom BGH am Beispiel des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses ⁶⁾, vom BVerwG am Beispiel der zukünftigen Rechtsverhältnisse im Rahmen der Feststellungsklage nach § 43 VwGO ⁷⁾ entwickelt wurde, wobei immer wieder die Rede vom "besonders enge(n) Verhältnis" ⁸⁾ zwischen bestimmten Bürgern und der Verwaltung ist. In der Entscheidung des BVerwG ⁹⁾ zeigt sich dies besonders deutlich: § 1 BRAO verleiht dem Rechtsanwalt gegenüber den anderen Justizorganen eine bestimmte, Rechte und Pflichten enthaltende

-
- 1) z.B. die Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Vertrages und von Massenverfahren, vgl. auch §§ 12, 47, 48 VwVfG, 15 SGB, 9 BImSchG, 46 GewO, 13 ApG.
 - 2) Vgl. z.B. OVG Koblenz, VerwRspr 22, 578, in dem das Gericht entgegen der h.M. die Bindungswirkung einer Auskunft bejahte; zum VA mit Dauerwirkung: BVerwGE 22, 16 S.23; VA mit Doppelwirkung: VGH Mannheim, DVBl 76, 538 S.539 ff.
 - 3) Vgl. z.B. zur Ausweitung des subjektiven öffentlichen Rechts Scholz, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit in: VVDStRL 34 (1976), 145 S.199 f.; Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965, S.17 f., insbes. zum Subventionsrecht: Henke, das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, Tübingen 1979, S.8 ff., 31 ff.
 - 4) Häberle, Verfassung, aaO., S.249.
 - 5) Häberle, Verfassung, aaO., S.249; zur Bezeichnung vgl. dort Fn.24.
 - 6) Vgl. z.B. BGHZ 59, 303 S.305 "besonders enge Beziehungen"; BGH, NJW 63, 1828 S.1828 "besonders enges Verhältnis".
 - 7) Vgl. z.B. BVerwGE 12, 261 S.262; 14, 202 S.203; 14, 235 S.237; vgl. auch Maurer, aaO., S.124 f.
 - 8) BGH, NJW 70, 2208 S.2209.
 - 9) Vgl. BVerwGE 12, 261.

Position. "Diese Rechtsposition verdichtet sich zu einer bestimmten, der verwaltungsgerichtlichen Feststellung zugänglichen Position, wenn der Rechtsanwalt gegenüber der Justizverwaltung Rechte in Anspruch nimmt." ¹⁾

Eine Parallele zeigt sich ebenfalls in der neueren Interpretation des Zivilprozeßrechtsverhältnisses: Dort werden Mitwirkungs- und Prozeßförderungspflichten der Parteien in immer stärkerem Maße betont; dies drückt ein geändertes Verständnis vom Zusammenwirken der Prozeßbeteiligten und ihrer Nähe zueinander aus ²⁾.

Mit dieser Entwicklung ist eine flexible Anpassung von Maßnahmen der gestaltenden Verwaltung erreichbar, weiterhin die Bildung einer Gegenseitigkeitsstruktur, die kooperative Züge trägt und eine Verflechtung öffentlicher Verwaltungsinteressen mit denen Privater ermöglicht. Hierdurch kann in besonderem Maße die Pluralität aller Beteiligten berücksichtigt werden ³⁾.

Mit dem Ausbau des Verwaltungsrechtsverhältnisses als "Zweckschöpfung" ⁴⁾ können zwei wesentliche Ziele verfolgt werden:

- Zum einen ist im Rahmen des allgemeinen Verwaltungsrechts den Verwaltungsaufgaben auf deren verfassungsrechtlichem Hintergrund besser gerecht zu werden,
- zum anderen können dadurch die Besonderheiten der verschiedenen Verwaltungszweige und des darauf ausgerichteten Verwaltungshandelns sachgerechter berücksichtigt werden ⁵⁾.

1) BVerwGE 12, 261 S.262.

2) Vgl. z.B. Hartmann in: Baumbach/Lauterbach, aaO., Einl.III 3 A aE; Thomas/Putzo, ZPO, Anm.I vor § 50, 14.Aufl., München 1986.

3) Vgl. Häberle, Verfassung, aaO., S.249 f.

4) Häberle, Verfassung, aaO., S.250.

5) Vgl. Häberle, Verfassung, aaO., S.250.

Das Verwaltungsrechtsverhältnis ermöglicht einen Ausgleich im Spannungsfeld zwischen den Grundrechtsinteressen des Bürgers und der am möglichst effektiven und reibungslosen Funktionieren der Verwaltungstätigkeit interessierten staatlichen Gewalt. Beiden Interessenlagen dient aber ein wesentliches Element des Verwaltungsrechtsverhältnisses: Die Kooperation zwischen Verwaltung und Bürger, mit deren Hilfe mögliche Konflikte durch die Beteiligung der Betroffenen bereinigt werden sollen. So erhalten sowohl das "materielle" Verwaltungsrecht als auch das Verwaltungsverfahrenrecht im Verhältnis zum Verwaltungsprozeßrecht ¹⁾ größeres Gewicht und holen das Verwaltungsprozeßrecht gewissermaßen ein: "Denn die weitgehende Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen gewinnt erst vor dem Hintergrund einer möglichst weitgehenden Gleichordnung von Bürger und Verwaltung ihren eigentlichen Sinn." ²⁾

Das Verwaltungsrechtsverhältnis ermöglicht es, Staat und Bürger als Gleichgeordnete zu betrachten und Letzterem Mitverantwortung für das Handeln des Staates, dessen Teil er ja auch ist, aufzuerlegen, aber auch zuzugestehen. Dadurch wird die - nicht notwendigerweise gegebene und hinzunehmende - Gegensätzlichkeit der staatlichen Gewalt überwunden und sachgerechtere, von beiden Seiten getragene Entscheidungen scheinen möglich ³⁾. So verbinden sich "Verwaltungsverantwortung und Bürgerleistung ... zu einer GG-konformen Einheit" ⁴⁾.

3. Einfluß des Verwaltungsrechtsverhältnisses auf das Bestimmtheitsgebot

Daß das formale Bestimmtheitsgebot keine feste, abstrakt definierbare Größe ist, wurde bereits aufgezeigt ⁵⁾. Aller-

1) Vgl. zur teilweisen Überbewertung der prozessualen Überprüfung Kollhosser, Rechtsweg und Rechtsschutz - des Guten zuviel? in: JR 71, 265.

2) Häberle, Verfassung, aaO., S. 250.

3) Vgl. Häberle, Verfassung, aaO., S. 250 f.

4) Häberle, Verfassung, aaO., S. 251

5) s. S. 39 ff.

dings konnte dort nur ein Grobraster entwickelt werden: Festgestellt wurde z.B., daß die Existenz eines Verwaltungsverfahrens die Bestimmtheitsanforderungen reduziert. In welchem Maße und mit welchen Auswirkungen, konnte jedoch nur am konkreten Fall und auch nur mit Argumenten, die aus ihm resultierten, ermittelt werden; eine dogmatische Begründung konnte zwar für die Tatsache, daß und aus welchem Grunde Anforderungen unter bestimmten Voraussetzungen geringer sind, gegeben werden, nicht aber dafür, weshalb und wie sich dies im Einzelfall auf den Verwaltungsakt auswirkt.

Mit Hilfe des Verwaltungsrechtsverhältnisses soll hier der Versuch einer rechtlich begründbaren Lösung unternommen werden: In das flexible Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger, das durch zeitliche Dauer sowie sachliche Nähe und Mitwirkung beider Parteien gekennzeichnet ist, fließen bereits grundrechtliche und rechtsstaatliche Erfordernisse mit ein. Diesen muß während des Bestehens des aktuellen Verwaltungsrechtsverhältnisses dauernd Rechnung getragen werden. Es begründet auch auf beiden Seiten Rechte und Pflichten, die den Betroffenen besser vor unrechtmäßigen staatlichen Eingriffen schützen können als formale Bestimmtheitsanforderungen. In diesem Verhältnis stellt der Verwaltungsakt nur eine Konkretisierung, meist auch das Ergebnis des gewachsenen Verwaltungsrechtsverhältnisses dar.

Seine Anerkennung, Anwendung und weitere Entwicklung ist gerade im Bereich der Preismißbrauchsaufsicht angesichts der außerordentlichen Komplexität der Sachverhalte und auch hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Seite (dem Verwaltungsverfahren nach §§ 51 ff. GWB) notwendig: Dem betroffenen Unternehmer muß es einerseits möglich sein, seine geschützten Rechtspositionen, die durch die laufenden Ermittlungen evtl. verletzt wurden, zu verteidigen, z.B. wenn für die Auskunftserteilung ein übermäßiger innerbetrieblicher

Aufwand nötig würde und die Behörde die erforderlichen Daten auch auf einfachere Weise erlangen könnte. Andererseits soll er sich aber nach Erlaß einer Untersagungsverfügung nicht auf rein formale Bestimmtheitskriterien zurückziehen und allein aus diesem Grunde Untersagungsverfügungen zu Fall bringen können; Klarheit kann er sich in der Regel bereits während des Verfahrens durch Fragen an die Kartellbehörde verschaffen, insofern bestehen also keine schutzwürdigen Interessen.

II. Theoretische Begründung des Verwaltungsrechtsverhältnisses

Unter einem Rechtsverhältnis ¹⁾ versteht man rechtliche Beziehungen zwischen Bürgern und Verwaltung, die beiderseitige Rechte und Pflichten begründen und den Beteiligten Kompetenzen und Verantwortung zuweisen. Verwaltungsrechtsverhältnisse werden durch die Besonderheiten des Verwaltungsrechts geprägt, nämlich insbesondere seine Grundrechtsbezogenheit, Komplexität, Bürgerbezogenheit und häufig auch Breitenwirkung ²⁾.

Anders als im "besonderen Gewaltverhältnis" oder bei Geltung des herkömmlichen Verständnisses vom Verwaltungsakt stehen sich Bürger und Staat nicht als Gegner, sondern als Partner gegenüber, die übereinstimmende Lösungsmöglichkeiten anstreben. "Erst das Verwaltungsrechtsverhältnis kann die sozialstaatliche (und kulturstaatliche) Wirklichkeit positiv von der Seite des Bürgers her jenseits des

1) Im Bereich des Privatrechts etwa Larenz, Allg. Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., München 1983, S. 183 ff.

2) Vgl. Häberle, Verfassung, aaO., S. 251; vgl. auch Forsthoff, aaO., S. 177 ff.; Achterberg, Die Bedeutung des Rechtsverhältnisses für die Grundrechtssubjektivität von Organisationen in: Gedächtnisschrift für Friedrich Klein (hrsgg. von Wilke u. Weber), München 1977, S. 1 ff., 28 ff.; Rupp, Grundfragen, aaO., S. 104 ff.

"Dualismus" der Eingriffs- und Leistungsverwaltung sowie des "Punktualismus" des Verwaltungsaktdenkens dogmatisch einholen; er vermag überdies kraft der Eigendynamik dogmatischer Figuren Richtung und Ziel klarer anzugeben." ¹⁾

1. Entstehen, Beendigung und Arten

a) Abgrenzung vom allgemeinen Staat-Bürger-Verhältnis ²⁾

Es bestehen zahlreiche öffentlich-rechtliche Regelungen, die dem Bürger Rechte geben oder Pflichten auferlegen ³⁾. Dieses allgemeine Staat-Bürger-Verhältnis reicht jedoch für die Begründung des Verwaltungsrechtsverhältnisses nicht aus; hinzukommen muß ein besonders enger Kontakt ⁴⁾, den auch ein personaler Bezug kennzeichnet, wie z.B. im (häufig längerfristigen) Subventionsverhältnis ⁵⁾.

Die "materielle Eigenart" ⁶⁾ des Verwaltungsrechtsverhältnisses wird an folgendem Beispiel deutlich: Jedem Bürger steht gegenüber dem Staat das Recht zur Bebauung seines Grundstückes unter Beachtung öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu. Die für ein Verwaltungsrechtsverhältnis notwendige sachliche und personelle Konkretisierung erfolgt jedoch erst mit der Antragstellung für ein bestimmtes Grundstück ⁷⁾. Die Kartellbehörden überwachen ebenfalls alle (relativ) marktbeherrschenden Unternehmen, um Preismißbräuche zu verhindern; ein Verwaltungsrechtsverhältnis beginnt aber auch hier erst dann, wenn sich die Behörde entschließt, gegen bestimmte Mißbräuche

1) Häberle, Verfassung, aaO., S.252.

2) Vgl. Häberle, Verfassung, aaO., S.261 f.

3) Z.B. §§ 22 BImSchG, 2 AbfG, 14 GewO, 2 PBefG.

4) So vertritt z.B. der BGH in BGHZ 59, 303, S. 305 die Auffassung, daß die Regeln des Kaufrechts analog dann anwendbar sind, wenn "besonders enge Beziehungen des einzelnen zur Verwaltung begründet worden sind und mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ein Bedürfnis zu einer angemessenen Verteilung der Verantwortung innerhalb des öffentlichen Rechts vorliegt." (BGHZ 59, 303, S. 305).

5) Vgl. Häberle, Verfassung, aaO., S.252 f.

6) Häberle, Verfassung, aaO., S.252.

7) Vgl. Maurer, aaO., S.124; Häberle, Verfassung, aaO., S.254; vgl. dazu z.B. die Kasuistik zu § 43 VwGO bei Eyermann/Fröhler, VwGO, § 43, Anm.3 ff., 8.Aufl., München 1980.

eines bestimmten Unternehmens einzuschreiten.

b) Entstehung, Beendigung

Je nachdem, wodurch die erforderliche Konkretisierung des Staat-Bürger-Verhältnisses erfolgt, entstehen Verwaltungsrechtsverhältnisse entweder durch formelle Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlichen Vertrag oder Realakt ¹⁾. Erläßt die Kartellbehörde z.B. eine Auskunftsverfügung gemäß § 46 GWB, so wird durch diesen Verwaltungsakt ein Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen ihr und dem betroffenen Unternehmen begründet.

In gleicher Weise, wie sie entstehen, können Verwaltungsrechtsverhältnisse auch geändert, beendet oder aufgehoben werden ²⁾.

c) Arten

Obgleich bislang noch keine Typologie des Verwaltungsrechtsverhältnisses besteht, lassen sich trotzdem einige Arten unterscheiden, nämlich

- Moment- und
 - Dauerrechtsverhältnis; innerhalb dieser Gruppe kann zwischen
 - personenbezogenen (z.B. Schuldverhältnisse)
 - vermögensbezogenen (z.B. Steuerschuldverhältnisse) und
 - Anstalts- und Benutzungsverhältnissen (z.B. Anschluß an Wasser- und Stromversorgung)
- differenziert werden ³⁾.

1) Vgl. auch Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, Siegburg 1979, S.114 f.

2) Vgl. Maurer, aaO., S.125; Häberle, Verfassung, aaO., S.262.

3) Vgl. Maurer, aaO., S.125 f.; Häberle, Verfassung, aaO., S.258 f. m.w.Nachw., der noch weiter differenziert.

Verwaltungsrechtsverhältnisse im Bereich der Preismißbrauchs-
aufsicht sind in der Regel als personen- (= unternehmens-)bezo-
gene Dauerrechtsverhältnisse einzustufen.

2. Die Doppelnatur des Verwaltungsrechtsverhältnisses

Grundlage eines jeden Verwaltungsrechtsverhältnisses ist
das "Leitbild des aktiven selbstverantwortlichen Bürgers ...,
des Bürgers im sozialen Rechts- (und Kultur-)Staat und
der grundgesetzlichen Eigenständigkeit der Verwaltung" ¹⁾.
Daraus ergibt sich die Doppelnatur des Verwaltungsrechts-
verhältnisses, die aus einer materiellrechtlichen und einer
verfahrensrechtlichen Komponente besteht.

a) Materiellrechtliche Seite

Welche Rechte und Pflichten auf beiden Seiten begründet
werden, hängt vornehmlich von der Eigenart des jeweiligen
Verwaltungsrechtsverhältnisses ab. Maßgeblich ist im we-
sentlichen die Intensität des Kontaktes zwischen Bürger
und Verwaltung: Diese ist bei "normalen" ²⁾ Verwaltungs-
rechtsverhältnissen am geringsten, verdichtet sich bei
verwaltungsrechtlichen Sonderverbindungen ³⁾, also ins-
besondere bei öffentlich-rechtlichen Verträgen und ver-
waltungsrechtlichen Schuldverhältnissen ⁴⁾ und ist bei

1) Häberle, Verfassung, aaO., S.254 mit Hinw. und Begründungen.

2) Häberle, Verfassung, aaO., S.258; er definiert dies nur
negativ in Bezug auf die verwaltungsrechtlichen Sonderverbin-
dungen und Sonderstatusverhältnisse vgl. Fn.3, 4 u.S.220, Fn.1.
Beispiele für normale VRVe sind die öffentlich-rechtliche
Genehmigung und die Erlaubnis.

3) Vgl. dazu Erichsen/Martens, aaO., S.211 ff., 229 f.

4) Vgl. Erichsen/Martens, aaO., S.116 f.; dazu gehören z.B.
die öffentlich-rechtliche Verwahrung, Erstattungs- aber auch
die sog. Vor-Verhältnisse, vgl. Häberle, Verfassung, aaO.,
S.258.

Sonderstatusverhältnissen ¹⁾ am intensivsten.

Im Rahmen des Verwaltungsrechtsverhältnisses entsteht ein "gesteigerter sozialer Kontakt" ²⁾, aus dem im wesentlichen Mitteilungs- und Aufklärungspflichten für die Verwaltung resultieren; nur durch deren Erfüllung wird die Teilhabe des Bürgers an den staatlichen Maßnahmen ermöglicht. Andererseits hat er als Folge dieser Rechte auch die Pflicht zur aktiven Mitwirkung, insbesondere zur Erteilung aller notwendigen Auskünfte (u.U. Ausfüllen von Formularen etc.). Beispiele für die Sorgfalts- und Aufsichtspflicht staatlicher Behörden enthält z.B. § 7 PassG; in § 68 PersStG ist die Aussage- und Vorlegepflicht auf Seiten des Bürgers normiert ³⁾.

Auch wenn ein Verwaltungsrechtsverhältnis - z.B. durch Verwaltungsakt - abgeschlossen ist, können aus ihm nachwirkende Pflichten fortbestehen, wie Geheimhaltungspflichten etc. Diese sind im Rahmen der kartellrechtlichen Verwaltungsrechtsverhältnisse von besonderer Bedeutung, da die Kartellbehörden während der Ermittlungen häufig Geschäftsgeheimnisse erfahren ⁴⁾. Um etwa mißbräuchliche Preisstellungen überprüfen zu können, ist die Offenlegung betriebsinterner geheimer Unterlagen (insbesondere Kalkulationsdaten wie Handels- oder Gewinnspannen) in der Regel erforderlich; die öffentlichen Interessen überwiegen hier. Nach Verfahrensabschluß stehen die Interessen der Betroffenen

1) Vgl. v.MüncH in: Erichsen/Martens, aaO., S.44; vgl. zur Entwicklung des besonderen Gewaltverhältnisses zum Rechtsverhältnis Krüger und Ule, Das besondere Gewaltverhältnis in: VVDStRL 15 (1957), S.109 ff., 133 ff.

2) Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd.I, Allg. Teil, 6.Aufl., Heidelberg 1984, S. 430, der im Bereich des BGB daraus eine "Primärhaftpflicht für Schutzpflichtverletzungen" (S.433) ableitet.

3) Vgl. Häberle, Verfassung, aaO., S.263.

4) Vgl. Häberle, Verfassung, aaO., S.263, der zwischen primären und sekundären Nachpflichten des VRV unterscheidet.

wieder im Vordergrund, weshalb die Behörde z.B. zur Vernichtung der betreffenden Unterlagen verpflichtet sein kann.

b) Verfahrensrechtliche Seite

Neben einem materiellrechtlichen Status besitzt der Bürger im Verwaltungsrechtsverhältnis einen "status activus processualis" ¹⁾; die Verwaltung hat ihre entsprechenden Rechte und Pflichten. Das Recht auf Verfahrensteilhabe wurde vor allem im Mülheim-Kärlich-Beschluß des BVerfG ²⁾ und dem zugehörigen Sondervotum ³⁾ betont. Auch in früheren Entscheidungen ⁴⁾ hatte das BVerfG schon davon gesprochen, daß "neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheitssicherung vor dem Staat die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen" ⁵⁾ tritt. Zuerst hatte das BVerfG seine Auffassung, daß sich aus den unmittelbar materiellrechtlich wirkenden Grundrechten auch Verfahrensrechte ergeben, mit Art.12 und 14 GG begründet ⁶⁾. Inzwischen wurde durch die Ableitung aus Art.2 Abs.2 GG die Ausweitung dieser Rechtspositionen auf alle Verfahren erreicht, in denen durch Entscheidungen in die Rechte auf Freiheit ⁷⁾, Leben und kör-

1) Häberle, Verfassung, aaO., S.255; vgl. zum status activus processualis auch Redeker, aaO., S.1593 ff.; Häberle, aaO., S.121 ff.; ders., Auf dem Weg zum Allgemeinen Verwaltungsrecht in: BayVBl 77, 745 S.747 f.

2) BVerfGE 53, 30.

3) Richter Simon und Heußner, BVerfGE 53, 30, S. 69 ff.

4) Vgl. BVerfGE 33, 303 "Numerus clausus" und BVerfGE 35, 79 "Organisation der Hochschulen".

5) BVerfGE 33, 303, S. 330 f.

6) Vgl. BVerfGE 37, 133, S. 145 ff; BVerfGE 39, 276, S. 293 ff.; BVerfGE 44, 105, S.115 ff.; BVerfGE 53, 30, S. 65; BVerfGE 52, 381, S. 388 ff.

7) also auch auf Wirtschaftsfreiheit.

licher Unversehrtheit eingegriffen werden kann ¹⁾).

Welche Bedeutung diese "in der Rechtsprechung zunehmend betonte Grundrechtsverwirklichung durch Organisation und Verfahren" ²⁾ hat, kommt im Sondervotum ³⁾ besonders deutlich zum Ausdruck: Für die umfassende Grundrechtsverwirklichung in der komplexen sozialen Wirklichkeit bedarf es auch Verfahren und deren Normierungen, um deren Durchsetzung für den Bürger zu gewährleisten.

Zugleich wirken die Grundrechte auch auf bestehende Verfahrensregelungen ein. Aus diesen Zusammenhängen ergibt sich die Lösung des Ausgleichs widerstreitender Grundrechtspositionen vor allem dann, wenn es besonders auf den Schutz der Freiheitsbereiche der mittelbar oder unmittelbar von staatlichen Maßnahmen Betroffenen ankommt; vor allem bei den modernen Großprojekten der Verwaltung, also den atom- oder baurechtlichen Verfahren erweisen sich die Verfahrensrechte des Bürgers oft als einzige Möglichkeit, seine Grundrechtspositionen zu verwirklichen bzw. zu schützen ⁴⁾).

Es fragt sich, welche konkrete Auswirkung die Betonung und (Weiter-)Entwicklung dieses Rechtes auf Verfahrensteilnahme hat, denn bislang ist es in den Verfahrensregelungen noch bei weitem nicht ausreichend verankert: Verfahrensrechte des Bürgers sind oft gar nicht oder nur unzulänglich enthalten; teilweise finden sich in Spezialgesetzen aber schon ausreichende Regelungen - was auch das BVerfG im Mülheim-Kärlich-Beschluß ausdrücklich betonte ⁵⁾ -, die

1) Vgl. BVerfGE 53, 30, S. 65 mit Hinw. auf BVerfGE 51, 324 S.343 ff. "Verhandlungsfähigkeit" und BVerfGE 52, 214 S. 221 ff. "Räumungsschutz"; Redeker, aaO., S.1595.

2) BVerfGE 53, 30 S.71.

3) Vgl. BVerfGE 53, 30 S.69 ff.

4) Vgl. BVerfGE 53, 30 S.71.

5) Vgl. BVerfGE 53, 30 S.57 ff.; vgl. auch Redeker, aaO., S.1595.

aber auch der Auslegung durch Judikatur im Sinne des Rechts auf Verfahrensteilhabe bedürfen.

Der status activus processualis hat zwei Funktionen: Zum einen erfüllt er eine Abwehrfunktion, die es staatlicher Macht verbietet, den Bürger zum bloßen "Objekt staatlichen Handelns zu machen" ¹⁾. Dies gilt auch im Verfahren. Hierauf hat auch das BVerfG ausdrücklich hingewiesen: Demnach existiert ein nicht auf den Einzelfall bezogener, sondern für alle staatlichen Maßnahmen geltender Grundsatz, daß diese - auch wenn sie dem Gesetz entsprechen - jedenfalls dann nicht ergehen dürfen, wenn sie unzumutbar und unverhältnismäßig in geschützte Rechtspositionen des Bürgers eingreifen würden ²⁾.

Gewichtiger ist allerdings die Aktivseite des Rechtes auf Verfahrensteilhabe, das sich einerseits dem "Recht ... auf Gehör" ³⁾, andererseits dem "Recht auf Teilhabe am Entscheidungsprozeß" ⁴⁾ zuordnen läßt.

Das Recht auf Gehör soll dem Betroffenen die Möglichkeit der Einbringung von Beurteilungskriterien und Fakten ermöglichen und dient somit der Sicherung gesetzmäßigen Verwaltungshandelns ⁵⁾. Zu seiner Realisierung müssen ihm deshalb alle erforderlichen Informationen zugänglich gemacht werden, so daß z.B. das Recht auf Akteneinsicht beinhaltet ist ⁶⁾.

1) Redeker, aaO., S.1595.

2) Vgl. BVerfGE 51, 324 S.345 f. "Verhandlungsfähigkeit"; BVerfGE 53, 225 S.253 ff. "Scheidungsreform"; Redeker, aaO. S.1595.

3) Kopp, aaO., § 28, Anm.1.

4) Degenhart, aaO., S.879.

5) Vgl. Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, München 1971, S.75 ff.; vgl. auch Schmitt Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen in: VVDStRL 31 (1973), 179 S.244 f.; vgl. dazu auch Wallerath, aaO., S.94 ff.

6) Vgl. Häberle, Verfassungsprinzipien im Verwaltungsverfahrensgesetz in: Schmitt Glaeser (Hrsg.), Verwaltungsverfahren, Festschrift, Boorberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover 1977, S.71 ff.

Partizipationsrechte sind auf Mitgestaltung des Entscheidungsprozesses gerichtet. Sie wirken insoweit als vorgelagerter Rechtsschutz, als durch die Mitgestaltung des Betroffenen Konflikte bereits auf dieser Ebene ausgeräumt werden können. Vor allem tragen sie aber zur "Optimierung der Verwaltungsentscheidung im Ausgleich kollidierender Interessen" ¹⁾ bei.

Die Ausgestaltung dieser Rechte muß primär durch einfachgesetzliche Regelungen erfolgen und sich den Spezialnormen anpassen. Der Gesetzgeber hat sich dabei an der "grundrechtliche(n) Absicherung des Beteiligungsrechts" ²⁾ zu orientieren. Auch im Mülheim-Kärlich-Beschluß ³⁾ begründete das BVerfG das Beteiligungsrecht am atomrechtlichen Genehmigungsverfahren unmittelbar aus Art.2 Abs.2 GG und bejahte zusätzlich noch einen weiteren Rechtsanspruch auf Durchführung eines neuen Verfahrens für den Fall wesentlicher tatsächlicher Änderungen, und zwar auch für das Verfahren nach § 80 Abs.5 VwGO ⁴⁾.

Der Bürger kann also seine Interessen im Verwaltungsverfahren aktiv geltend machen und seine geschützten Rechtspositionen verteidigen; ihm stehen dafür das Recht auf Auskunft, Information, Akteneinsicht und Anhörung zur Verfügung. Diese Rechte muß er aber auch wahrnehmen. Er ist dazu zwar nicht verpflichtet - ob jemand von seinen Rechten Gebrauch macht, muß grundsätzlich ihm selbst überlassen bleiben. Deshalb muß er u.U. bei Nichtgeltendmachung mit dem Verlust seiner Rechte rechnen ⁵⁾.

1) Degenhart, aaO., S.875.

2) Redeker, aaO., S.1595.

3) BVerfGE 53, 30.

4) Vgl. Redeker, aaO., S.1596; BVerfGE 53, 30 S.57 ff.

5) Vgl. Redeker, aaO., S.1597.

Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Verwirkung als einem Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung ¹⁾. Diese wiederum ist im Grundsatz von Treu und Glauben begründet, der auch im öffentlichen Recht zur Anwendung kommt ²⁾. Auch in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist diese Verwirkung von Verfahrensrechten inzwischen anerkannt. Trotz Geltung der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß brachte die Anerkennung der Beteiligungsrechte auch die Beteiligungslast in Form einer prozessualen Mitwirkungslast mit sich ³⁾. So stellte das BVerwG im Beschluß vom 22.1.1971 fest, daß die gerichtliche Aufklärungspflicht dort endet, "wo die Beteiligten ihrer Pflicht zur Mitwirkung an der Aufklärung des Sachverhalts nicht nachkommen" ⁴⁾.

Der Gesetzgeber kann, obwohl die Grundsätze der Verwirkung auch ohne Normierung zur Anwendung kommen, diese hinsichtlich der verschiedenen Verfahrensarten in den einzelnen Rechtsgebieten konkretisieren ⁵⁾. Eine derartige Regelung hat er bereits mit der Präklusionswirkung beim bau- und atomrechtlichen Genehmigungsverfahren getroffen. Die "normierte Verwirkung" ⁶⁾ hat zur Folge, daß die präkludierten Argumente und Rechte auch im gerichtlichen Verfahren nicht mehr überprüft werden, was aber § 42 VwGO entspricht - ein wegen Verwirkung ausgeschlossenes Recht ist dann kein Recht des Klägers i.S.d. § 42 VwGO und auch nicht mehr Streitgegenstand. Auch Art.19 Abs.4 GG ist dadurch,

1) Vgl. Palandt/Heinrichs, aaO., § 242, Anm.9a; vgl. allg. für das Zivilrecht Raiser, Rechtsschutz, aaO., S.150 ff.

2) Vgl. z.B. BVerwGE 6, 204 S.205 ff.; BVerwG, NJW 74, 1260 S.1261 f.

3) Vgl. dazu Redeker/v.Oertzen, VwGO, § 86, Anm.10 f.; Kopp, VwGO, aaO., § 86, Anm.11 f.

4) BVerwG BayVB1 72, 81 S.81.

5) Vgl. zum Erfordernis der gesetzlichen Regelung des Verwaltungsverfahrens, Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd.3, 4.Aufl., München 1978, S.323.

6) Redeker, aaO., S.1598 (Zitat Sellner, Fn.71).

wie das BVerfG ¹⁾ bereits festgestellt hat, nicht verletzt: Art.19 Abs.4 GG setzt subjektive Rechte des Bürgers voraus - im Falle der Verwirkung hat er solche gerade nicht mehr ²⁾.

III. Anwendbarkeit des Verwaltungsrechtsverhältnisses auf die Preismißbrauchsaufsicht

1. Besondere Verwaltungsrechtsverhältnisse

Obwohl der "Ruf nach dem Verwaltungsrechtsverhältnis" ³⁾ in der Literatur häufig zu hören ist, fehlt bislang eine umfassende systematische Darstellung, in der verfassungs- und verwaltungsrechtliche Konsequenzen und Anwendungsmöglichkeiten aufgezeigt werden ⁴⁾. Es ist aber fraglich, ob die Erwartungen an eine solche Arbeit erfüllt werden können: Die Möglichkeiten, die diese Rechtsfigur bieten kann, liegen gerade in der Differenzierung, nicht aber in allgemeingültigen Aussagen. Deshalb beziehen sich die wegweisenden Arbeiten zum Verwaltungsrechtsverhältnis auf besondere Verwaltungsrechtsgebiete, so etwa die Darstellungen des Subventionsrechtsverhältnisses ⁵⁾ und des Steuerrechtsverhältnisses ⁶⁾. Auf andere Rechtsbereiche

1) Vgl. BVerfGE 15, 275 S.281 f.

2) Vgl. Redeker, aaO., S.1598.

3) Häberle, Verfassung, aaO., S.248; vgl. dazu auch Maurer, aaO., S.127; Bachof, aaO., S.231 f. m.w.Nachw.; Achterberg, Die Bedeutung der Rechtsverhältnisse für die Grundrechtssubjektivität von Organisationen in: Gedächtnisschrift für F.Klein, München 1977.

4) Vgl. Häberle, Verfassung, aaO., S.248; Maurer, aaO., S.127 f.

5) Vgl. zum Subventionsrechtsverhältnis Zacher, Verwaltung durch Subventionen in: VVDStRL 25 (1967), S.325 ff., 354 ff., 370 ff.; vgl. auch SGB X und §§ 24 ff., 38 ff. SGB I.

6) Vgl. zum Steuerrechtsverhältnis §§ 37 ff. AO 1977; Tipke/Kruse, AO, Vorbemerkung 1 zu § 33, 12.Aufl., Köln 1965/86 Tipke, Steuerrecht, 11.Aufl., Köln 1987, S.135 ff.

wurde bislang eine Anwendung noch nicht versucht ¹⁾.

Den Anwendungsfällen des Verwaltungsrechtsverhältnisses ist aber die gegenseitige Beeinflussung durch materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Elemente gemein.

"Gemeinsam ist ihnen, daß es jeweils um die rechtliche Bewältigung einer in besonderer Weise verdichteten komplexen Beziehung geht, die nicht nur auf die Erfüllung von Hauptpflichten oder -ansprüchen gerichtet, sondern um Mitwirkungspflichten des Bürgers und sonstige Nebenpflichten von Verwaltung und Bürger angereichert ist." ²⁾

2. Preismißbrauchsverfügungen

Die Entwicklung eines "Kartell-Verwaltungsrechtsverhältnisses" und eines "Kartell-Verfahrensrechtsverhältnisses" würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Eine skizzenhafte Darstellung soll aber zeigen, daß dies durchaus denkbar und für die Lösung der Bestimmtheitsproblematik hilfreich wäre.

Im folgenden wird am Beispiel eines kartellrechtlichen Verfahrens nach § 37a Abs.3 GWB die Begründung und mögliche Ausgestaltung eines solchen Verfahrensrechtsverhältnisses sowie die Konsequenzen für die Bestimmtheitsanforderungen an die Untersagungsverfügung anhand des Kaufmarkt-Falles kurz aufgezeigt:

a) Das Entstehen des Verwaltungsrechtsverhältnisses

Voraussetzung für das Entstehen eines Verwaltungsrechtsverhältnisses ist eine individualisierende besondere Verdichtung der Beziehungen zwischen Bürger und Verwaltung ³⁾.

1) Vgl. Häberle, Allg.VerwR, aaO., S.748.

2) Erichsen/Martens, 7.Aufl. 1986 aaO., S.133 mit Hinw. auf BGHZ 21, 214 S.218 f.; 54, 299 S.303.

3) s. S.225.ff.

Diese entsteht bei kartellrechtlichen Verfahren in der Regel im Zeitpunkt des Ermittlungsbeginns gemäß § 54 GWB, spätestens aber mit der Einleitung des förmlichen Verfahrens nach §§ 51 ff. GWB, welches im Interesse der Rechtssicherheit und des Schutzes der Betroffenen justizähnlich ausgestaltet ist.

Bereits ab diesem Zeitpunkt können folgende Pflichten der Kartellbehörde entstehen: Pflicht zur fehlerfreien Ermessensausübung, Schonung unbeteiligter Dritter, Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, Erteilung richtiger Auskünfte, Sachbearbeitung ohne Säumnis, Beachtung des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens und schließlich die Pflicht zur Geheimhaltung betriebsinterner Unterlagen ¹⁾. Auf der Seite des Betroffenen entsteht z.B. die Verpflichtung, die von der Kartellbehörde angeforderten Unterlagen in angemessener Zeit beizubringen, ihren Mitarbeitern Räume für Nachforschungen zur Verfügung zu stellen, in der Datenverarbeitung gespeicherte Daten aufzubereiten, Informationen z.B. über Kalkulationsverfahren weiterzugeben und schließlich auch nachzufragen, wenn er erkennt, daß er Teile der noch zu erlassenden Verfügung nicht eindeutig verstehen wird: Er darf dann nicht abwarten, bis der Verwaltungsakt erlassen wird, sondern muß die Kartellbehörde darauf aufmerksam machen und ihr Gelegenheit zur Konkretisierung geben. Tut er das nicht, so darf er sich nicht auf die Bestimmtheitsdefizite berufen, sondern muß eine nachträgliche Konkretisierung gegen sich gelten lassen; dies ergibt sich aus dem Ver-

1) Vgl. Häberle, Verfassung, aaO., S.260 f., der diese Pflichten aus der Rechtsprechung zur Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art.34 GG ableitet und der Rechtsverhältnishaftung zuordenbar hält.

wirkungsgedanken im Rahmen des Verwaltungsrechtsverhältnisses ¹⁾.

In diesem Verfahrensstadium werden zwischen den Beteiligten Gespräche geführt, Informationen nicht nur einseitig von der Kartellbehörde angefordert, sondern beidseitig gegeben. Aus dieser Interessenverknüpfung, die sich auch von seiten des Betroffenen entwickelt, resultieren gleichfalls Rechte und Pflichten: So kann z.B. geklärt werden, wie die Parteien den Begriff des Einkaufspreises definieren. Will das Unternehmen dies von sich aus wissen, so muß sich die Behörde bereits in dieser Phase um eine genaue Definition bemühen. So erhält der Adressat die Möglichkeit, das beanstandete Verhalten abzustellen - auch wenn er der Abmahnung noch nicht Folge geleistet hat.

Dieses Stadium läßt sich - wenn auch nur annäherungsweise - mit den vorvertraglichen Verhandlungen vergleichen. Die dazu entwickelten zivilrechtlichen Grundsätze könnten zur Klärung der Rechts- und Pflichtenstellung der Parteien im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrensverhältnis als Anhaltspunkte herangezogen werden. Durch diese Konstruktion läßt sich auch erreichen, daß verfassungsrechtliche Grundsätze im Verwaltungsverfahren effektiver in die "vorverwaltungsaktliche" Phase einfließen können.

b) Zeitpunkt des Erlasses der Untersagungsverfügung

Auf diese Weise ergibt sich auch ein neues Verständnis der Untersagungsverfügung. Der Zeitpunkt, in dem sie erlassen wird, läßt sich annäherungsweise mit dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vergleichen: Der Verwaltungsakt ist nämlich so verstanden keine bloß momentane, einseitige hoheitliche Maßnahme, sondern das abschließende Ergebnis einer Beziehung zwischen Adressaten und Behörde.

1) s. S.233 f.

Er schließt somit auch die Ergebnisse des vorangegangenen Verfahrens ein. Auch aus dieser bereits bestehenden Dauerbeziehung ergibt sich, daß ein Berufen auf formale Bestimmtheitskriterien treuwidrig sein kann. Die Behörde müßte dann - z.B. durch Protokolle - nachweisen, daß das Unternehmen alle für die Interpretation des Verwaltungsaktes erforderlichen Informationen besitzt.

So verstanden kann mit Hilfe des Verwaltungsverfahrens - und des Verwaltungsrechtsverhältnisses - verhindert werden, daß sich der Betroffene auf formale Bestimmtheitskriterien zurückzieht und das Ergebnis der aufwendigen und umfangreichen Ermittlungen mit Hilfe treuwidrig verwendeter rechtsstaatlicher Grundsätze untergräbt. In solchen Fällen bedarf der Bürger nicht des Schutzes durch das Bestimmtheitsgebot - er hat ihn vielmehr verwirkt.

c) Bußgeldbewehrung

Das Verwaltungsrechtsverhältnis wirkt aber auch über den Zeitpunkt des Verfügungserlasses hinaus. Dies hat vor allem für die Bußgeldbewehrung Bedeutung.

Im Kaufmarkt-Fall bemängelten OLG ¹⁾ und BGH ²⁾, daß die Verfügung der LKartB so abgefaßt sei, daß die Betroffene die Einkaufspreise selbst berechnen müsse, um nicht das durch die Verfügung angedrohte Bußgeld gemäß § 38 Abs.1 Ziff.4 GWB zu verwirken. Dies könne ihr hinsichtlich der (formalen) Unbestimmtheit der Verfügung bezüglich des Begriffes "Einkaufspreis" und der Behandlung der Sonder Vorteile i.S.d. § 26 GWB nicht zugemutet werden.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, daß dies keinem Adressaten erspart bleiben kann. Hier genaue Rechenanweisungen zu geben, wäre praktisch nicht durchführbar - vor allem bei Einzelhandelsunternehmen mit kaum über-

1) Vgl. OLG München, aaO., S.9. = WuW/E OLG 2942 S.2944.

2) Vgl. BGH, WRP 84, 463 S.464 = WuW/E OLG 2073 S.2075.

schaubarer Produktpalette. Hinzukommt, daß die Betroffenen Produkte selbst oder durch Tochtergesellschaften herstellen, also "neutrale" nachprüfbare Preise von vornherein fehlen. Um hier genaue Berechnungsvorschriften geben zu können, müßte die Kartellbehörde die gesamte Kostenrechnung überprüfen und genau definieren, welche Kostenbestandteile zur Ermittlung der innerbetrieblichen Verrechnungspreise bzw. der Selbstkosten einzubeziehen sind.

Aus dem nachwirkenden Verwaltungsrechtsverhältnis könnte sich folgende Lösung ergeben: Das Unternehmen muß anhand des sich aus der Verfügung ergebenden Rahmens unter Berücksichtigung des ihm bekannten Normzweckes den zulässigen Einkaufspreis selbst feststellen. Es kennt auch sowohl aufgrund der Informationen der Behörde als auch durch den Verwaltungsakt selbst die Grenzen, die es dabei nicht unterschreiten darf. Treten dennoch Schwierigkeiten auf, so hat es das Recht, aber auch die Pflicht, von der Behörde Auskunft zu verlangen. Es ist also gerade nicht in Unsicherheit darüber, ob es den Bußgeldtatbestand verwirklicht oder nicht. Hier können evtl. auch die zivilrechtlichen Grundsätze zur culpa in contrahendo Anhaltspunkte geben.

3. Bestimmtheitsanforderungen

a) Allgemeines Gebot des § 37 Abs.1 VwVfG und Bestimmtheitsfaktoren

Die oben ¹⁾ aufgezeigten Anforderungen an die Bestimmtheit von Verwaltungsakten lassen sich mit dem skizzierten Lösungsansatz über das Verwaltungsrechtsverhältnis ohne Schwierigkeit in Einklang bringen:

- § 37 Abs.1 VwVfG beinhaltet die Forderung nach hinreichender Bestimmtheit, ist jedoch so allgemein gehalten, daß über die Bestimmtheit des Verwaltungsaktes nur anhand des konkreten Einzelfalles und nur für ihn

1) Vgl. S. 101 ff.

Gewißheit erlangt werden kann.

Durch das Verwaltungsrechtsverhältnis wird der Verwaltungsakt in einen Beziehungsrahmen gestellt, innerhalb dessen - und das ist ja gerade der Zweck dieses Verhältnisses - die einzelnen Pflichten und Rechte durch gemeinsame Abklärung zwischen Betroffenen und Behörde konkretisiert werden.

Darüber hinaus könnten im Laufe der Zeit durch konkrete Rechtsanwendung Grundsätze für kartellrechtliche Verwaltungsrechtsverhältnisse erstellt und Maßstäbe gewonnen werden, die erheblich zur Rechtssicherheit beitragen könnten.

- Die Schwierigkeiten bezüglich des Problemkreises Tenor und dessen Erläuterungen in den Gründen wären mit Hilfe des Verwaltungsrechtsverhältnisses insoweit - wenn nicht völlig behoben, so doch wesentlich geringer, als die Entscheidung einer bis ins kleinste Detail verästelten Erläuterung im Zweifel nicht mehr bedarf, da sie das Ergebnis einer Beziehung zwischen Betroffenen und Behörde darstellt.
- Bezüglich der oben genannten Auslegungsfragen ist nur hinzuzufügen, daß die Auslegung sich daran zu orientieren hat, was während der Dauer des gewachsenen Rechtsverhältnisses verhandelt und vereinbart wurde.
- Die Ausführungen zu den einzelnen Bestimmtheitsfaktoren ¹⁾ werden durch die Berücksichtigung der Grundsätze über das Verwaltungsrechtsverhältnis nicht hinfällig. Sie fließen vielmehr mit ein, da es sich ja gerade um einen bestimmten Adressatenkreis mit entsprechendem Kenntnisstand und um besondere Regelungsgegenstände handelt, innerhalb derer ein hohes Maß an Praktikabilität gefordert und zulässig ist; letztere wird durch das Verwaltungsrechtsverhältnis gefördert.

b) Die Kaufmarkt-Verfügung

Die von den Gerichten vorgebrachten Beanstandungen hinsichtlich der Bestimmtheit ließen sich - wie gezeigt - auch ohne

1) S. oben S.116 ff.

Berücksichtigung des Ansatzes über das Verwaltungsrechtsverhältnis nicht halten ¹⁾.

Legt man ihn jedoch zugrunde, gilt nichts anderes. Was oben mit großem Aufwand zur Begründung der ausreichenden Bestimmtheit angeführt werden mußte, wäre hier im wesentlichen entbehrlich gewesen: Die Frage der Umsatzsteuerbehandlung beispielsweise hätte sich im Rahmen der Rechtsbeziehungen eines Verwaltungsrechtsverhältnisses durch den berechtigten Hinweis der Behörde auf die steuerlichen Pflichten eines buchführungspflichtigen Vollkaufmannes erledigt.

Das Problem der Festlegung zulässiger Untereinkaufspreisverkäufe bleibt auch hier bestehen.

Es sollen hier jedoch folgende Ansätze vorgeschlagen werden, deren Ausarbeitung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde:

Im Rahmen der Rechtbeziehung zwischen Unternehmen und Behörde könnte sich die Pflicht des Betroffenen ergeben, sich Klarheit über die Grenzen zu verschaffen, innerhalb derer er ohne Gefahr des behördlichen Eingreifens sein Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung wahrnehmen darf.

Dies könnte eine Fragepflicht einerseits und eine Aufklärungspflicht andererseits nach sich ziehen; bei Verletzung dieser Pflichten wäre es denkbar, das Berufen auf mangelnde formale Bestimmtheit nicht zuzulassen.

Der Verfügungsadressat muß u.U. der Behörde die Möglichkeit einräumen, hinsichtlich der Bestimmtheit beanstandete Teile der Verfügung neu zu konkretisieren und die dazu notwendigen Auskünfte geben; diese Pflicht könnte sich aus der Überlegung heraus ergeben, daß der Adressat schon während der Dauer der Rechtsbeziehung die Möglichkeit hatte, darauf hinzuwirken.

1) S. oben S. 141 ff.

IV. Schlußfolgerungen

Zusammenfassend soll nochmals klargestellt werden:

- Mit dem Verwaltungsrechtsverhältnis soll nicht versucht werden, das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot aufzuweichen oder gar zum Nachteil des Bürgers in den Hintergrund zu drängen.
- Sein Sinn und Zweck besteht vielmehr darin, bei Dauerbeziehungen zwischen Bürger und Verwaltung - wie beim kartellrechtlichen Untersagungsverfahren - verfassungsrechtliche Komponenten bereits während der Dauer des Verwaltungsrechtsverhältnisses einbeziehen zu können. Auf diese Weise wird das betroffene Unternehmen schon vor und auch noch nach Erlaß der Verfügung geschützt. Auf beiden Seiten entstehen und bestehen Rechte und Pflichten.
- So kann auch erreicht werden, daß die Kartellbehörden ihren gesetzlichen Auftrag zur Preismißbrauchsaufsicht durchführen können, ohne aus formalen Bestimmtheitsanforderungen bei unüberschaubaren komplexen Lebenssachverhalten häufig scheitern zu müssen.
- Die daraus resultierende Modifikation des formalen Bestimmtheitsgebotes läßt sich durch die aus dem Verwaltungsrechtsverhältnis fließende erweiterte Rechtsstellung der Betroffenen rechtfertigen. Es verstößt auch nicht gegen das Gebot der Rechtsstaatlichkeit, das Berufen auf formale Bestimmtheitsmängel unter bestimmten Voraussetzungen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben als verwirkt anzusehen.
- Die Erweiterung des Bestimmtheitsrahmens bei Untersagungsverfügungen wird gerade im Bereich der Preismißbrauchsaufsicht dadurch gerechtfertigt, daß es sich hier immer um zumindest relativ marktmächtige Unternehmen handelt, die lediglich davon abgehalten werden sollen, durch eigenes mißbräuchliches Verhalten gegen

den Normzweck zu verstoßen. Hinzukommt eine durch rechtsstaatliche Erwägungen gerechtfertigte Kompensation dieser Erweiterung durch Aufklärungs- und Informationsrechte gegenüber der Behörde.

- Schließlich bleibt zu beachten, daß die Behörde im Einzelfall nachweispflichtig sein wird, daß das Unternehmen bezüglich der in der Verfügung nach formalen Gesichtspunkten unzureichenden Bestimmtheit nicht schutzwürdig ist.
- Das Bestimmtheitsgebot ist also nicht als abstrakte formale Anforderung an Verwaltungsakte zu sehen. Es wird vielmehr in rechtsstaatlich zulässiger Weise vor allem durch Auslegung unter Berücksichtigung des zu regelnden Rechtsgebietes und des Adressatenkreises sowie nach dem im Einzelfall entstandenen Verwaltungsrechtsverhältnis modifiziert.

Dies läßt sich wie folgt verdeutlichen:

Läßt man das Verwaltungsrechtsverhältnis außer Betracht, so kann mißbräuchliches Verhalten marktmächtiger Unternehmen nur dann unterbunden werden, wenn ein hinreichend bestimmter Verwaltungsakt aufgrund eines hinreichend bestimmten Kartellgesetzes erlassen wurde. Die Gesamtheit der verfassungsrechtlich geforderten Bestimmtheitsgebote verteilen sich also nur auf die Norm und die Verfügung:

Gesetz	Verwaltungs- akt
--------	---------------------

Durch das Verwaltungsrechtsverhältnis wird diese Last auf drei Stützen verteilt:

Ermächtigung:	Verfahren: Verwaltungsrechts- verhältnis
Gesetz	Verwaltungs- akt.

Dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot kann auf diese Weise leichter und umfassender Rechnung ge-

tragen werden wie bisher; dies dient auch den betroffenen Bürgern/Unternehmen.

Lebenslauf

- 14.08.54 geboren in Schwabmünchen
Eltern: Karl Werdan
Anna Werdan, geb. Pecher
- 1970 Mittlere Reife, Schwabmünchen
- 1972 Abschluß der Lehre zum Industriekaufmann
- 1975 Abitur, Bayernkolleg, Augsburg
- 1975 Beginn des Studiums der Betriebswirtschaftslehre
in Regensburg und München
Wahlpflichtfächer: - Steuern
- Revision
Diplomarbeit bei Prof. Wittgen
Thema: Organisationsstrukturen multinationaler
Konzerne
- 1977 Beginn des Studiums der Rechtswissenschaften
in Regensburg und München
erste juristische Staatsprüfung 1982/II
- 1983 Referendarausbildung im Bereich des
OLG München
- 1986 zweites juristisches Staatsexamen 1985/II
- 1986 Zulassung als Rechtsanwältin

